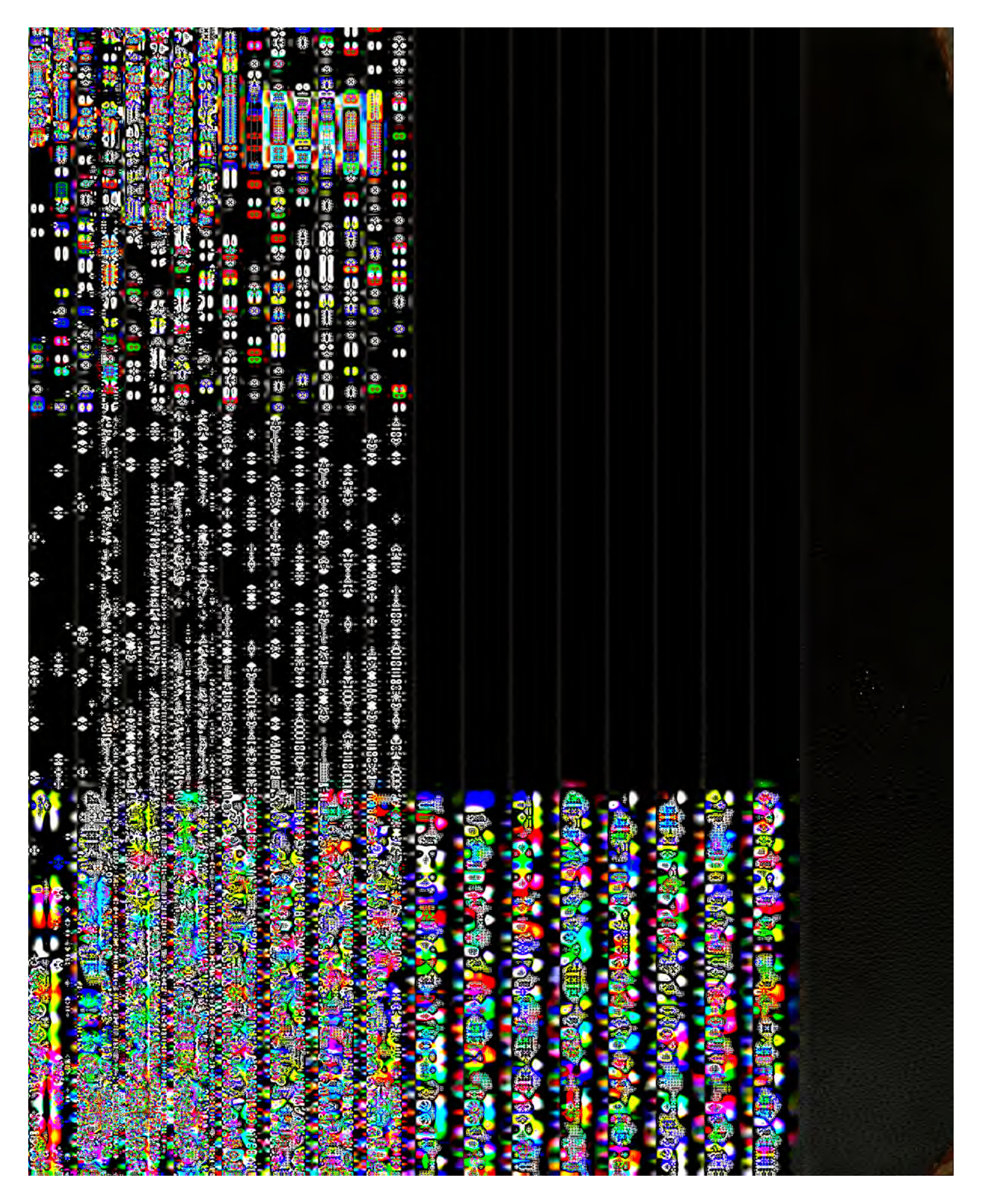
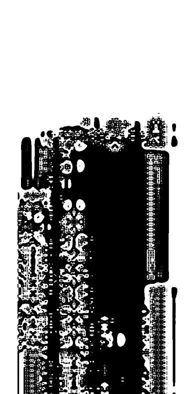
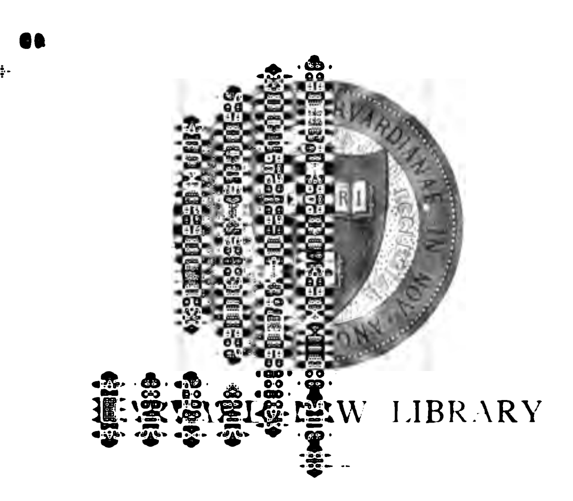
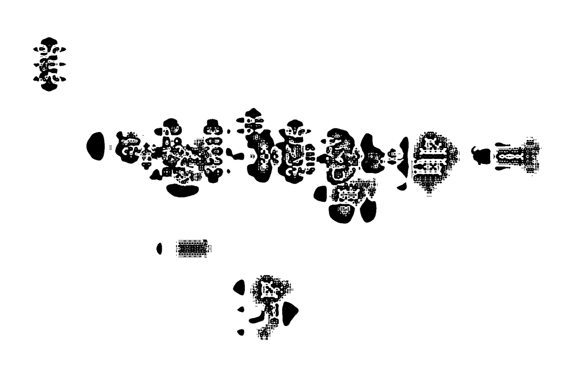
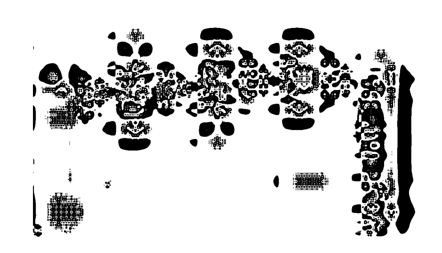










Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen

unter Redaction von

Dr. Julius Nathan.

Zweiter Jahrgang. 1862. No. 1—52.

Mit einem Namen- und Sach-Register.

Hamburg.
Otto Meißner.
1862.

Rec. May 4, 1906

I. Alphabetisches Namen-Register.

	No.	Seite
A		
Adams c. Mutzenbecher Söhne	50.	393
Albrecht & Dill c. Cpt. Charlesworth	12.	92
" " " " " "	21.	167
Andresen c. Levig	49.	387
Arnthal & Horschütz Gebr. c. Bredow	34.	266
" " " " " Eggers	20.	153
B		
Banks Dr. c. Möllenbeck	23.	178
" " " "	27.	211
" " " Hartmann	34.	270
" " " "	37.	292
" " " "	42.	336
" " " Engel	37.	289
Benitt Wwe. c. Harms	8.	62
" " " "	17.	131
Behrens Gebr. c. Ulberg & Cramer und Mit-Administratoren	21.	163
Beinhauer c. Zipperling	26.	201
Beyer Dr. c. die Polizeibehörde	35.	276
" " " "	46.	367
Berenberg Goßler & Co. c. Heinemann	43.	342
Bolten c. Mac. Donald & Co.	33.	261
Boye u. Krogmann c. Hirsekorn	33.	263
" " " " "	37.	295
" " " " "	46.	365
Brödermann c. Bolten	2.	13
" " "	10.	75
Brandis Dr. c. Auffm' Ordt	18.	138
" " " Duncker	20.	157
" " " Weinberg & Co.	33.	257
" " " " " "	37.	294
" " " Schernikau	38.	301
Brücher, Car. bon. c. Hofmeister	47.	370
Buck c. Jahns & Lund	8.	60
C		
Caspar c. Israel	4.	29
Cohn c. Gärtner	25.	194
D		
Derenberg c. Arnthal & Co.	9.	65
" " " " "	23.	180
de Voß c. Cpt. Warman	28.	217
Dirks c. Heinemann	12.	89
Dieseldorf c. Waitz	16.	127
" " "	23.	184
Direction der Hbg. Amerik.-Pack.-Gesellschaft c. Berenberg Gosler & Co.	26.	202
Dorn Proc. c. Apel	15.	119
" " " Kallmes	20.	159
" " " "	29.	230
Dunker c. Burghard	15.	115
E		
Eimbcke c. Voß	11.	84
Eichholz c. Behnke	39.	310
Eggert c. Ebeling & Co.	46.	361
" " Pollack & Co.	45.	363
F		
Faurschou, Cramer & Co. c. Heyn & Co.	25.	196
Feill Dr. c. Gebr. Mackeprang	17.	131
Feldmann Dr. c. Schmidt	50.	395
Firgau c. Auffm' Ordt	9.	68
Finanz-Deputat. c. Richter	7.	55
Fraustaedter & Co. c. Kosow	22.	172
" " " " "	29.	231
Fromm c. Wolffsohn	34.	268
Fränckel c. Préalle	52.	411
G		
Gallois Dr. c. Kleissen	22.	169
Gehrckens c. Kramer	40.	314
Geffers c. Saß	49.	386
" " "	51.	406
Gleichmann c. Seckel	18.	137
Gompertz c. Mathies & Co.	29.	225
Graham & Bowden c. Liefmann Söhne	28.	218
Groß c. Goverts	41.	325
Güssefeld u. Alardus & Sohn c. Herz	4.	30
" " " " " " "	5.	37
Günther c. Finanz-Deputation	14.	110
" " " "	47.	375
H		
Harmsen c. Thöle	41.	323
Heyn & Co. c. Heyn	3.	17
Heinsen Dr. c. Kroß	4.	25
" " " Wolffsohn	45.	355
" " " Isenthal	37.	293

	No.	Seite
Hertz Dr. D. c. Leinau Söhne	5.	34
„ „ „ „ „ „	16.	126
Hertz Dr. G. c. Reinbold	45.	355
„ „ „ „ Wright	52.	409
Heckscher c. Levy	12.	95
Hell Noack & Co. c. Panum	14.	109
Hirsch Dr. c. Schloßmann	12.	95
„ „ & Frese c. Schrader	28.	223
Himmelheber c. Rosenberg	21.	161
„ „ „	49.	390
„ „ „	44.	348
Homann c. Gütschow	4.	28

J

	No.	Seite
Jahraus c. Ziehkursch	23.	182
„ „ „	30.	236
Jacobson Dr. c. Polack	24.	186
Josephy c. Baare	5.	33
Joachimson c. v. Harlessem	20.	154
„ „ „ „	29.	232
Joseph c. Bloch	38.	298
„ „ „	43.	342
Israel Dr. c. Vogt & Co	11.	81

K

	No.	Seite
Kallmes c. Brandt	6.	41
„ „ „	8.	59
Kallmann c. Dröge	9.	71
„ „ „	13.	99
Kayser c. Kölling	40.	313
„ „ „	43.	337
„ „ „	49.	390
Knauth Dr. c. Tesdorpf & Sohn	2.	9
Koppel & Co. c. Samson & Beer	24.	191
„ „ „ „ „ „ „	26.	206
Koops c. Jonassohn	36.	281
Köster c. Darte	35.	275
„ „ „	51.	401
„ „ „	38.	304
Krahnsnest c. Goslinsky	44.	351
Krös Cur. bon. c. Krös	7.	54

L

	No.	Seite
Laeitz c. Riensch & Schmilinsky	32.	252
Landvoigt zu Billw. c. Finanz-Deputation	50.	396
Leibig c. Koppmann	13.	103
Lembcke & Co. c. Richter	28.	220
Liebisch c. Unger	39.	305
Linde c. Janßen & Schmilinsky	15.	113
Loebig c. Loebig	52.	412
Lorenz & Co. c. de Kupper	17.	129
Lüthgens c. Löning & Kaufmann	3.	21

M

	No.	Seite
Malm Dr. c. Sauer	27.	211
May Dr. c. Rumpf	12.	94
„ „ „ Cohn	44.	345
Martens c. Harms & Co.	38.	297
Merck & Co. c. Gebr. Schiller	25.	195
Mettler c. Cur. bon. d. Hammonia	11.	85
Meyer c. Peltzer	1.	15
„ „ „	19.	148
Meyer c. Winckler & Nagel	13.	99
Mielcke c. Müller	5.	40
Müller & Co. c. Jacoby & Co.	42.	329
Müller Gebr. c. Kern & Co.	26.	206
Müller Cur. bon. c. Deucker	22.	173

N

	No.	Seite
Neubauer c. Bolten	5.	36
Niebuhr c. Sottorf	31.	243
Nibbe c. Müller	45.	357
Noack Dr. c. Schörnborn	2.	15
Nölting & Co. c. Dr. Trittau	1.	2
„ „ „ „ „ „	43.	340

O

	No.	Seite
Oppenheimer Dr. c. Saß	40.	335

P

	No.	Seite
Pego & Co. c. Engel	30.	235
Peters c. die Webbe	19.	149
Piehl & Schulenburg c. Böhme	26.	204
Piper c. Duncker	9.	69
Prawitz c. Tschölzke	17.	135
Préalle c. Holle	42.	331
Prüß c. Gebr. Schiller & Co. und „ „ Ziekursch & Schröder	32.	249

R

	No.	Seite
Ree c. Gebr. Schiller & Co	8.	57
„ „ Suse & Schnars	16.	123
„ „ „ „ „	29.	230
Reimers c. Israel	35.	273
Reppenhagen Proc. c. Gebr. Biehl	10.	78
Richter c. die Polizei	43.	343
„ „ „ „	51.	407
„ „ „ „	46.	366
Ringel & Co. c. Hartmann	39.	308
defti Römer Benefic. Erben c. Puvogel	7.	56
„ „ „ „ „ „	10.	76
Röver c. Behn	24.	185
Ruhle Dr. c. Frau Kleindieks	41.	321
„ „ „ „ „	43.	338

S

	No.	Seite
Sanders c. Lazarus	14.	105
„ „ „	40.	316
Schaaf & Benn c. Ohlendorff	14.	112
Schultz c. Woermann	1.	6

	No.	Seite
Schultz Dr. c. Mutzenbecher	4.	27
Schultz c. Ibsen	19.	146
Schütt c. Reimers	6.	42
" " "	7.	53
Schreiber & Mitau c. Berl.-Hbg. Eis.-Ges.	25.	193
" " " " " " "	29.	227
" " " " " " "	43.	342
Schröder Dr. c. Hänicken	6.	46
" " , Knop u. c. Spiegelberg	11.	82
" " " " " " "	26.	205
Siebke c. Siebke	48.	377
Sieveking Dr. c. Capt. Asplund	23.	177
" " " " "	39.	307
" " u. Hachmann Dr. tut. noie. c. Zehnten-Amt	32.	254
Slomann jr. c. Pick & Co.	24.	187
Schmilinsky & Co. c. Leupold frères	23.	181
" " " " " "	13.	27
Stammann Dr. O. c. Lück	48.	377
Stempner c. Voges	10.	76
" " "	19.	148
Stolze c. Reuter	1.	2
Strube & Co. c. Steinle	47.	369
T		
Thrje Olsen & Co. c. Abrahamson & Co.	29.	225
U		
Ullmann c. Kern & Co.	27.	209
" " " "	37.	295
Untersuchungssache c. Kaws	3.	22
" " Stuhlmann	36.	283
" " Gumprecht	44.	346
V		
Vogt & Co. c. Weber Bernitt & Co.	10.	73
Voß c. Mertens	19.	145
W		
Weber & Co. c. Wedeles	10.	75
Wex Dr. c. Dröscher u. Liefmann Söhne	7.	49
" " " " " " "	16.	125
" " " Sauber Gebr.	16.	121
" " " Meyer & Bartels 1. & 2.	21.	165
" " " Lohmann	29.	228
" " " Köhn	30.	233
" " " Bonfort Dr.	30.	237
" " " "	49.	389
" " " Hüttner	48.	380
Wiener c. Baruch & Borchardt	47.	373
Winterhoff Dr. c. Nordd. Fluß-Dampfschifff.	32.	251
Winterhoff Dr. c. Meyer & Bartels	33.	260
Wolffson Dr. c. Meyer	3.	19
" " " Meyer & Bartels	31.	241
" " " Lohmann	51.	402
Wüstenfeldt & Co. c. Dircks	17.	132
Z		
Zumbach Dr. c. Woesthoff	37.	290
" " " "	43.	341

II. Alphabetisches Sach-Register.

Bedeutung der Abkürzungen:

H. G. = Handelsgericht. O. G. = Obergericht. O. A. G. = Ober-Appellationsgericht.
N. G. = Niedergericht. Pr. = Präturen.

	No.	Seite
Abschreibezettel. Der sog. Abschreibezettel (Auftrag an einen Geldwechsler, einer bestimmten Person für Rechnung des Ausstellers einen Betrag abzuschreiben) hat nicht die Natur einer Anweisung. Derjenige, dem der Betrag abgeschrieben werden soll, erhält durch die Erklärung des Geldwechslers, dem Auftrage Folge leisten zu wollen, nur dann ein selbstständiges Recht gegen den Letzteren, wenn diese Erklärung ihm selbst (oder seinem Mandatar) bei Uebergabe des Zettels ertheilt worden, während er dem Geldwechsler als solcher bekannt war (der Geldwechsler ihn also nicht für einen Boten des Ausstellers halten konnte). H. G. Kallmes c. Behr	6.	41
	8.	60
Abrechnung. Der Antrag auf Justification einer Abrechnung bedarf gegen den, der dieselbe zu leisten schuldig ist, einer besonderen declaratoria nicht; und ist bei einer Ver-		

No. Seite

bindung zu conto meta Geschäften der geschäftsführende Theilhaber zur Exhibition aller Belege über diese Geschäfte, sowie zur Vorlage des Theiles seiner Bücher, in welchen dieselben eingetragen worden, verpflichtet. Dr. Wolffson c. Meyer & Bartels. H. G. No. 62 . . . . 31. 241

Accord. Wenn ein Creditor seinem bereits formell insolventen Schuldner gegenüber accordweise auf seine Forderung verzichtet und in die Aufhebung des Concursverfahrens consentirt, so ist er verpflichtet, dem Cridar dessen Accepte auszuliefern. Wiener c. Baruch u. Borchardt. H. G. No. 106 . . . . 47. 374

Actio Pauliana ist in Hamburg bei einer datio in solutum auch dann nicht anwendbar, wenn der begünstigte Gläubiger die Benachtheiligung der übrigen Gläubiger kennt. O. G. Cur. con. Krös c. Krös. 7. 56
(cf. Register der Gerichtszeitung von 1861).

Actio Pauliana. Dieselbe ist nach richtiger Auffassung — falls sonst ihre Voraussetzungen (fraus creditorum, animus fraudendi, fraudis conscius) vorliegen — auch auf Hingaben an Zahlungsstatt und auf Bezahlung noch nicht fälliger Forderungen durch den späteren Falliten anwendbar. Bergedorfer Amtsgericht. Proc. Reppenhagen c. Gebr. Biehl 10. 78

Altentheils-Vertrag. Die Uebergabe eines Gutes bei Lebzeiten des Besitzers unter Vorbehalt des Altentheils an einem Anerben zu einem angemessenen Preise steht nicht nur dem Vater, sondern auch der Mutter nach dem Tode des Ehemannes zu. Bei solcher Gutsübergabe an einen Erben ist nur erforderlich, daß die Pflichttheile der übrigen Erben nicht verletzt werden, der angesetzte Preis, zu welchem der Uebernehmer das Gut anzutreten hat, kann sonst ein mäßiger sein. N. G. Benitt Wwe. c. Harms 8. 63

Anerkennung. Hat Jemand vor der Protestlevirung ein Accept für nicht von ihm herrührend erkannt und antwortet dennoch dem protestirenden Notar, „die Sache solle geordnet werden," so kann er nunmehr sich nicht weiter auf die Unechtheit seiner Unterschrift berufen. Dr. Oppenheimer c. Saß. H. G. No. 198 . . . . 49. 385

Anweisung vide Abschreibezettel.

Anweisung. Anweisung steht der Zahlung an Wirksamkeit nicht gleich. Faurschou, Cramer & Co. c. Heyn & Co. O A. G. No 17 25. 198

Anzeigepflicht bei öffentlichem Verkaufe vide Auction.

Anzeigepflicht bei Versicherungen vide Assecuranz.

Amtsgericht. Die unter Amtsgenossen bei Gelegenheit der Besprechung amtlicher Verhältnisse vorgekommenen Injurien gehören nicht zur Competenz des Amtsgerichts. Stempner c. Voges. N. G. No. 5 . . . 19. 148

Appellationssumme. Für die Frage, ob dieselbe wirklich vorhanden, ist das Vorhandensein der Dimissorialapostel und der Mangel einer Rüge von Seiten der Parteien bedeutungslos. Sloman jr. c. Pick & Co. O. A. G. No. 16 . . . . 24. 187

Arrest. Der Impetrat braucht eine unrichtige Erklärung des Abcitaten eben so wenig gegen sich gelten zu lassen, als ihm die rechtskräftige Contumaz desselben präjudicirt; und liegt es dem, der einen Arrest prosequirt, ob, wenn der Impetrat leugnet, daß das Arrestobject ihn concernire, darzuthun, daß es zum Vermögen des Impetraten gehöre. Pego & Co. c. Engel. H. G. No. 61 . 30. 235

Arrest. „Fremd gegen Fremd" wird in der Regel nicht verstattet, ausnahmsweise aber besonders dann, wenn gegen die Rhederei eines im hiesigen Hafen liegenden Schiffes Ansprüche erhoben werden, für welche wenigstens nach hiesigem Recht die Rhederei nur mit dem Schiffe selbst haftet, Jedoch sind in solchem Falle die hiesigen Gerichte nicht auch in der Hauptsache competent, haben vielmehr die Parteien an das sonst für sie zuständige Gericht zu verweisen, und zwar an das forum domicilii des Impetraten, ohne darüber, ob ein forum extraordinarium begründet sein würde, eine Entscheidung zu treffen. Albrecht & Dill c. Capt. Charlesworth. H. G. No. 23. . 12. 92
O. G. No. 22. . 21. 167

Arrest. Nur hiesige Staatsangehörige haben das Recht, ohne Angabe einer gemeinrechtlichen causa arresti gegen ihren ausländischen Schuldner durch Arrestanlage den Gerichtsstand der hiesigen Gerichte zu begründen; ein solcher Arrest darf daher nicht aufrecht erhalten werden, wenn der Impetrant die geltend gemachte Forderung nicht im eigenen Interesse, sondern re vera nur für Rechnung eines Auswärtigen geltend macht. Schmilinsky & Co. c. Leupold freres. H. G. No. 25 13. 97

Arrest, Personal-. Der Umstand, daß der Schuldner ein Ausländer ist, ist nach topischem Rechte eine genügende causa arresti, deren Anwendbarkeit im einzelnen Falle vom richterlichen Ermessen abhängt. Köster c. Darte. H. G. No. 75 . . . . 35. 275
O. G. No. 34 . . . . 38. 304

No. Seite

Assecuranz. Der §. 59 des Allgem. Plans kommt dem Fracht-Versicherer auch dann zu Gute, wenn das Schiff selbst — nicht bloß die Fracht — mit einem rechtlich begründeten Arrest belegt worden ist; und braucht der Versicherer im Falle des §. 59 nicht nur den direct aus dem Arrest entstehenden, sondern allen Schaden, welcher den versicherten Gegenstand während seiner Anhaltung trifft, nicht zu ersetzen. Sanders & Co. c. Lazarus und Mieth. H. G. No. 26. . 14. 105

Assecuranz. Der Versichernde ist nur solche Umstände anzuzeigen verpflichtet, welche nach vernünftigem Ermessen auf die Entschließung des Assecuradeurs von Einfluß sein konnten. Hängt die Entscheidung, ob die verschwiegenen Umstände relevant gewesen wären oder nicht, von technischen Vorfragen ab, so trifft den Versicherer ein desfallsiger Beweis. Sanders u. Comp. c. Lazarus u. Mieth. O. G. No. 35. . . . . 40. 317

Assecuranz. Wird ein reparables Schiff planwidrig verkauft, so weigert sich der Frachtversicherer mit Recht, die nur durch den Verkauf des Schiffes verloren gegangene Fracht zu ersetzen. Ist ein Frachtversicherer in solchem Falle zugleich Casco-Versicherer, so steht ihm deshalb die replica doli nicht entgegen. Sanders u. Co. c. Lazarus u. Mieth. O. G. No. 35 . . . . . . 40. 391

Assecuranz. Die Bestimmung, nach welcher die Versicherung für den Assecuradeur von Gütern mit dem Augenblicke beginnt, in welchem die Güter vom Lande scheiden, um an Bord des Schiffes gebracht zu werden, sowie die Vorschrift, daß der Versicherer beim Einladen von Gütern die Gefahr einer usanzmäßigen Benutzung von Leichterfahrzeugen trägt, (§. 46 des Allgem. Plans) können nur auf die Fälle bezogen werden, in denen die Güter das Land in dem Orte verlassen, welcher in der Police als Abgangsort des Schiffes bezeichnet wird. Joachimson c. von Harlessen. H. G. No. 35 . . . . 20. 154

Der Nachweis einer entgegenstehenden Usanz für zwei in so engen Verhältnissen stehende Plätze wie Hamburg und Altona ist jedoch nicht abzuschneiden. Joachimson c. von Harlessen. O. G. No. 31 . . . . . 29. 232

Assecuranz. Der Risico des Versicherers beginnt mit dem Tage, an welchem er erklärt, die Versicherung übernehmen zu wollen, auch wenn kein Prämienbetrag speciell verabredet worden und die Police erst später dem Versicherten zugestellt wird. Die Prämie ist nicht früher fällig als die Police gegeben wird. Gebr. Müller c. Kern & Co. Pr. No. 12 . . . . 26. 206

Assecuranz. Bei See-Versicherungen haftet der Versicherer nicht für solche Unfälle, welche nicht als eine Folge der Verladung des versicherten Gutes betrachtet werden können (z. B. Selbstentzündung); doch braucht deßhalb keineswegs der Versicherte jedesmal zu beweisen, daß kein solcher Fall vorliege. Lemcke & Co. c. Richter. H. G. No. 55 28. 220

Assecuranz. Derjenige, auf dessen Namen die Police ausgestellt worden, kann dieselbe dann nicht im eigenen Interesse geltend machen, wenn die Versicherung im Interesse eines Andern vorgenommen ist. Ullmann c. Kern & Co. H. G. No. 52 . . . . 27. 209

Assecuranz. Auch wenn eine nach den Bedingungen des Allgem. Plans für die Versicherer verbindliche Condemnation nicht vorliegt, ist dennoch der Frachtverlust, welcher als eine directe, von der Unterlassung der Reparatur unabhängige Folge der Seeunfälle erscheint, welche das Anlaufen des Nothhafens zur Folge hatte, von dem Versicherer zu ersetzen. Dr. Brandis m. n. c. Duncker. O. G. No. 21 . . . . . . 20. 157

Assecuranz. Bei einem öffentlichen Verkaufe der beschädigten Waaren in Gemäßheit §. 96 des Allgem. Plans ist eine Betheiligung des Versicherers selbst bei dem Gebote nicht untersagt, auch kann einer solchen nicht die Einwirkung beigemessen werden, daß andere Reflectanten durch dieselbe veranlaßt werden, die Waaren über ihren wirklichen Werth zu erstehen. Die unter Verantwortlichkeit des Versicherers gemachten Ankäufe dagegen können nicht als den wirklichen Werth constatirend angenommen werden. Piper c. Duncker. O. G. No. 8. (cf. Reg. von 1861) 9. 72

Assecuranz. Durch die Bestimmung des §. 96 des Allgem. Planes Hamb. Seeversicherungen, nach welcher die am Bestimmungsorte im beschädigten Zustande angekommenen Waaren baldthunlichst durch Sachverständige besichtigt und öffentlich verkauft werden sollen, wird eine Ermittelung darüber bezweckt, ob die Beschädigung etwa durch Umstände veranlaßt worden, für welche der Versicherer nicht in Anspruch genommen werden kann. Unter den hier genannten Sachverständigen sind Waarenkundige, nicht Schiffskundige verstanden. Firgau c. Auffm' Ordt. H. G. No. 17. . . . . . . 9. 69

Assecuranz. Den Assecuradeurs können solche Abzüge nicht zur Last gebracht werden, welche der versicherte Gegenstand dadurch erleidet,

No. Seite

daß aus demselben Pfandrechte befriedigt worden sind, welche der Versicherer den Berechtigten an den versicherten Gegenständen eingeräumt hat (z. B. das Pfandrecht der Mannschaft an dem Erlös des Wracks für Gage, Aufenthaltskosten und Weiterbeförderung). O. G. Schütt c. Reimers . . 6. 45
Das Gegentheil ist in derselben Sache ausgesprochen vom H. G. und O. A. G. . . „ „ 7. 54

Assecuranz. Wenn Waaren in Folge einer Beschädigung, die den Assecuradenr trifft, verkauft werden, so hat derselbe dem Versicherten nicht nur die Differenz zwischen dem Verkaufsprovenue und der Taxe, resp. dem Facturawerth zu bezahlen, sondern er muß ihn vollständig schadlos halten. Kommt also das Provenue dem Versicherten trotz aufgewandter Diligenz nicht zu Händen, so hat er Anspruch auf die Taxe, resp. den Facturawerth. Préalle c. Holle und Bubendey. H. G. No. 94 . . . . . 42. 333

Assecuranz. Ein Totalverlust ist vorhanden, sobald ein Gegenstand der Disposition des Eigners ohne weitere Aussicht auf Wiedererlangung entzogen wird. — Wenn ein versicherter Gegenstand durch einen Unfall beschädigt wird, hinterher aber in Folge eines andern Unfalles total verloren geht, so ist die Geltendmachung eines Ersatzes für Totalverlust nicht unstatthaft; es fragt sich nur, ob der Versicherte sich wegen der Werthverminderung einen Abzug gefallen zu lassen hat. Duncker c. Burghard & Co. O. G. No. 13 . . . . 15. 115

Assecuranz. Der Beweis der Seetüchtigkeit wird auch bei Zeitversicherungen für den ursprünglichen Abgangshafen auferlegt. Dr. Brandis c. Auffm' Ordt. O. G. No. 19. 18. 144

Assecuranz vide auch unter Dispache, unter Lebensversicherung, unter Havarie und unter Condemnation.

Auctionsverkauf. Der Pfandgläubiger ist stets berechtigt, ohne vorgängig einen Verkauf unter der Hand zu versuchen, das Pfand in Auction zu verkaufen. Erklärt ein Pfandschuldner ausdrücklich, der Pfandgläubiger solle dieses (selbstverständliche) Recht haben, so ist darin eine Dispensation des Letzteren von den gesetzlichen Verpflichtungen zur gerichtlichen Nachsuchung des öffentlichen Verkaufes sowie zur vorgängigen Aufforderung des Schuldners zur Einlösung zu erblicken. Harmsen c. Thoele. H. G. No. 92 41. 325

Auction. Die Unterlassung der Anzeige über Ort und Zeit eines öffentlichen Verkaufes hat nicht die Wirkung, den an und für sich gerechtfertigten Verkauf ungültig zu machen, sondern berechtigt nur denjenigen, dem die Anzeige zu machen war, zu einer Schadensklage. H. G. Josephy c. Baare 5. 33

Authentica si qua mulier. Die Vorschrift dieses Gesetzes ist bei solidarischen Wechselverpflichtungen der Ehefrau und des Ehemannes anwendbar, und jedem Inhaber des Wechsels zu opponiren. Dr. Ruhle c. Kleinbieks. H. G. No. 91 . . . . 41. 323

Bankaufgabe. Bedeutung einer Aufgabe über durch die Bank abzuschreibende Zahlung und Wirksamkeit einer solchen als Zahlungsversprechen s. Vogt & Co. c. Weber, Bernitt & Co. H. G. No. 18 . . . . . 10. 73

Besicht. Hat der Käufer die Waaren besehen, so kann er nicht mehr geltend machen, daß sie der Offerte nicht entsprechen. Fränckel c. Préalle. H. G. No. 117 . . . . 52. 411

Besitz. Wer in bösem Glauben den Besitz einer Waare erworben hat und dieselbe weiter veräußert, ist ohne weiteres als fingirter Besitzer anzusehen. Curat. bon. Müller c. Dencker. O. A. G. No. 15. . . . 22. 173

Beweisindicien für die an sich beweispflichtige Partei berechtigen nicht zu einer Aenderung der Beweislast. Wüstenfeldt c. Dirks. O. A. G. No. 9. . . . . . 17. 134

Bürgschaft für einen Arrest enthält nicht nur cautio iudicatum solvi, sondern auch eine cautio iudicio sisti. Albrecht & Dill c. Capt. Charlesworth. H. G. No. 23 . . 12. 92

Bürgschaften der Ehefrau vide Authentica si qua mulier.

Bürgschaft. Wenn Jemand sich für die Schuld eines Andern „bis zum vierten Theil des Betrages“ verbürgt, so haftet er für alle Theile der Hauptschuld, jedoch so, daß seine Haftung cessirt, sobald er selbst den vierten Theil des Betrages der Hauptschuld bezahlt hat. N. G. Koppel & Co. c. Samson & Beer. Pr. No. 11 und O. G. No. 26 24. 191
(entgegenstehend Pr.) 26. 206

Cession. Eine solche ist nicht schon deshalb als simulirt zu betrachten, weil der Cedent dem Cessionar erklärt, für allen Verlust verhaftet bleiben zu wollen, und der Letztere sich dem Ersteren gegenüber verpflichtet hat, seiner Zeit Abrechnung über die Realisirung der ihm cedirten Rechte zu ertheilen und den etwaigen Ueberschuß über das pretium nominis auszukehren. Schmilinsky & Co. c. Leupold frères. O. G. No. 24 23. 181
entgegenstehend H. G. No. 25 13. 97

No. Seite

Civil-Ehe. Bei Eingehung einer solchen sind auch Gebühren an die Reitendiener-Brüderschaft zu entrichten. Peters c. Reitendiener-Brüderschaft. Pr. No. 10 . . 19. 149

Commissionsvergleiche (Commission auf heute) werden erst durch die Unterschrift der Parteien perfect. Geffers c. Saß. H. G. No. 109 49. 387

Calumnieneid. Derselbe kann von dem Deferenten eines Haupteides nur dann verlangt werden, falls der Delat den Haupteid annimmt. Dr. Banks c. Engel. H. G. No. 78 37. 290

Compensation. Die Stipulation, daß gegen Lieferung der Waare ein Accept über den Facturapreis behändigt werde, schließt, ebenso wie die Bedingung der Baarzahlung, alle anderen Zahlungsweisen, besonders die Compensation, aus, auch wenn die Contrahenten anderweit in Contocourant stehen. Curat. bon. Müller c. Dencker. O. A. G. No. 15 22. 173

Compensation. Der Satz „compensatio ipso jure fit" ist nur dahin zu verstehen, daß wenn sich der Schuldner auf die Compensation berufen hat, die demgemäß durchgeführte Einrede die Wirkung hat, als hätten sich die gegenüberstehenden Forderungen gleich von Anfang an ausgeglichen. Demgemäß ist der auf die Connossementsfracht angewiesene Verfrachter nicht gehalten, von dem empfangenen Betrage etwas herauszugeben, wenn auch seinem Anspruch auf Chartepartiefracht eine Compensationseinrede entgegenstände. Weber & Co. c. Webeles. O. G. No. 9 (cf. Register 1861) . . . 10. 75

Competenz. Eine Klage aus dem Verkauf eines Geschäfts ist dann beim Handelsgericht anzustellen, wenn das betreffende Geschäft in dem Kaufcontract als Fabrik bezeichnet, oder unter einer auf dem Firmenbureau declarirten Firma betrieben wird. N. G. Leidig c. Koppmann. Pr. No. 5 . . . 13. 103
(Entgegenstehend Erste Prätur ibidem.)

Competenz. Feuerversicherung eines Waarenlagers gehört zur Competenz des Handelsgerichts. Ulmann c. Kern & Co. H. G. No. 52 27. 209

Competenz vide auch Forum.

Concurs. Attractionskraft desselben. Ein in Schottland ausgebrochenes Fallissement hebt Beschläge, die hieselbst auf Güter des Cridars gelegt sind, auf. Nölting c. Dr. Trittau. H. G. No. 97 . . . . 43. 340

Concurs. Behandlung Preußischer Gläubiger einer Hamburger Concursmasse und Behandlung der Preußischen Concurse in Ansehung der Auslieferung hierorts befindlicher Güter s. Dr. v. Bönninghausen m. n. c. Cur. bon. der Hammonia. N. G. No. 3 11. 87

No. Seit

Concurs. Der Gläubiger einer hiesigen Concursmasse, welcher auswärtige Güter mit Arrest belegt hat, kann zu einer Betheiligung bei der hiesigen Masse nicht eher zugelassen werden, als bis er jenen Arrest relaxirt. Unterläßt er solche Relaxation trotz geschehener Aufforderung der Curatoren, so geht er seiner Ansprüche an die Masse gänzlich verlustig. N. G. u. O. G. Dr. von Bönninghausen c. Cur. bon. der Hammonia. H. G. No. 3 . . . . 11. 87

Concurs. Wenn ein Hiesiger den auswärtigen Concurs seines Schuldners anerkennen muß, so ist er auch hinsichtlich der Folgen dieses Concurses für seine Forderung dem auswärtigen Recht unterworfen. Dr. Banks m. n. c. Möllenbeck. H. G. No. 43 . . . 23. 178
und O. G. No. 27 . . . . 27. 211

Concurs. Erbschaften, welche dem Cridar nach eröffnetem Concurs und vor Beendigung desselben anfallen, sind in die Concursmasse hineinzuziehen; doch kann der beerbte Fallit zum Vortheil seiner Kinder und zum Nachtheil seiner Gläubiger auf jede ihm ab intestato angefallene Erbschaft verzichten (N. F. O. Art. 31. sub 3). Es können in solchem Falle die Kinder den väterlichen Erbtheil nur so beanspruchen, wie ihn die Massevertreter des Vaters, falls derselbe nicht verzichtet hätte, zu fordern berechtigt gewesen wären: sie müssen sich also diejenigen Forderungen compensando verrechnen lassen, welche dem Nachlasse gegen ihren Vater zustehen. Dr. Sieveking u. Dr. Hachmann c. Zehntenamt. N. G. No. 21 . . . . 32. 254

Concurs. Ein in Buenos Ayres ausgebrochenes Fallissement hebt einen gegen den Cridar hierorts erwirkten Personalarrest nicht auf. Köster c. Darte. H. G. No. 113 . . . . 51. 402

Concurs. Aus einer Uebereinkunft, welche ein Gläubiger mit seinem Schuldner vor dessen Concurs dahin trifft, daß seine Forderung im Fallitverfahren keine Berücksichtigung finden, sondern zu voll bezahlt werden solle, kann der Gläubiger nach stattgehabtem Concurs keine Rechte herleiten. Schaaf & Benn c. Ohlendorff. Pr. No. 6 . . . . . 14. 112

Concurs. Einem hier in Concurs gerathenen Fremden wird die Entfreiung von seinen Schulden nicht zu Theil; vielmehr lebt nach beendetem Concurse das Forderungsrecht des Gläubigers — so weit er nicht befriedigt wurde — seinem ganzen Umfange nach gegen Person und Güter des Schuldners wieder auf. Proc. Dorn m. n. c. Apel Pr. No. 7 . . . 15. 119

No. Seite

Concurs. Nach holsteinischem Recht hat die cessio bonorum die Folge, daß der Schuldner aus seinem Erwerb nach dem Concurse für Schulden, die aus der Zeit vor dem Concurse herstammen, nur dann haftet, wenn er zu besserem Vermögen gelangt ist, mag der Gläubiger sich an dem Concurse betheiligt haben oder nicht. Hell Noack & Co. c. Panum O. G. No. 12 . . . . . . 14. 109

Concurs. Das von einem Cridar seinem Gläubiger geleistete Versprechen, derselbe solle von dem Concurs unberührt bleiben, ist kein Winkelaccord. N. G. Bernhard c. Guilleaume. Prät. No. 17 . . . . . 49. 392
Entgegenstehend Prätur.

Cridar. Derselbe kann sich auch vor erlangte Gewerbefreiheit rechtsgültig verpflichten. N.G. Bernhard c. Guilleaume. N. G. Prät. No. 17 49. 392

Condemnation. Um ein Schiff zu condemniren ist ein Attest vom Sachverständigen, welches eine absolute oder relative Irreparabilität deutlich bekundet, erforderlich und wird ein Mangel eines solchen Attestes auch nicht dadurch geheilt, daß der Verkauf unter Autorisation des Gerichtes im Nothhafen geschieht und der Capitän ohne Schuld ist. H. G. Dr. Brandis c. Auff'm Ordt. O. G. No. 19 . . . . 18. 140
s. dageg. O. G. ebendas.

Condemnation. Kein Versicherer braucht eine solche anzuerkennen, wenn die Reparatur des Schiffes factisch möglich war, selbst wenn die Reparaturkosten den Werth des Schiffes im reparirten Zustande überstiegen haben würden. Sanders & Co. c. Lazarus und Mieth. H. G. No. 26 . . . . . . 14. 105

Confiscation. An Strafgefangene gerichtete Schreiben, welche Schmähungen gegen die Polizeibehörde enthalten, darf diese confisciren. Dr. Beyer c. Polizeibehörde. N. G. No. 25 46. 368

Connossement. Der Clausel: „frei von Beschädigung“ wohnt die Bedeutung bei, daß bei vorliegender Beschädigung nicht der Schiffer sich zu exculpiren, sondern der Destinatair die culpa des Schiffers zu erweisen hat. Liebisch c. Unger. H. G. No. 86 . 39. 307

Contract. Wenn zwei Parteien im eigenen Namen contrahiren, so ist die Thatsache, daß sie das Interesse eines Andern materiell vertreten, eine für den Inhalt und die Rechtsfolgen des Contracts gleichgültige. Faurschou, Cramer & Co. c. Heyn & Co. O. A. G. No. 17 . . . . 25. 198

Contract. Nur höhere Gewalt hebt die Verantwortlichkeit desjenigen auf, der eine contractlich übernommene Leistung nicht erfüllt. Eichholz c. Behnke. N. G. No. 24 39. 311

Conventionalstrafe. Zur Rechtsbeständigkeit einer solchen ist nicht erforderlich, daß der Promissar ein eigenes Interesse an der Erfüllung der Verbindlichkeit habe, zu deren Sicherstellung die Strafe dienen soll. Dr. Sieveking m. n. c. Capt. Asplund. H. G. No. 42 23. 177
Dr. Wex c. Lohmann. H. G. No. 59 . 29. 228

Conventionalstrafe. Der Promittent kann sich von derselben bis zur Litiscontestation durch Erfüllung der Hauptverbindlichkeit befreien. Dr. Wex c. Lohmann. H. G. No. 59 29. 228

Consens stillschweigender. Wenn ein bestimmtes Rechtsverhältniß unter zwei Parteien besteht, so kann aus der Nichtbeantwortung eines Schreibens, in welchem der eine Contrahent dem andern Vorschläge zur Abänderung der getroffenen Vereinbarung macht, kein Consens in diese Abänderung gefunden werden. Himmelheber c. Rosenberg. H. G. No. 36. . . . . . . 21. 161

Cura sexus. Ob eine Frau an einem Orte zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes eines Curators bedürfe oder nicht, entscheidet sich nicht nach ihrem status personalis, sondern nach der Regel: Locus regit actum. Dres. Stammann u. Zimmermann c. Loebig. O. A. G. No. 25 . . . . 52. 414

Deckung. In der Hingabe einer nicht indossirten Tratte ist unter Kaufleuten die Intention einer Deckung nicht anzunehmen. Dr. G. Herz c. Wright. H. G. No. 116 52. 410

Diffamatio u. Denunciatio. Die Injurienklage auf Grund der ersteren ist dann begründet, wenn die diff. vollendet; auf Grund der Letzteren erst dann, wenn die Unwahrheit der Denunciation sich herausgestellt hat. Dr. Wex c. Hüttner. O. A. G. No. 24 . . . . 48, 382

Dollars spanish. Unter solchen werden nicht Säulenpiaster, sondern Silberpiaster zu 20 Realen de Vellon verstanden. C. Strube u. Co. c. E. Steinle. H. G. No. 104 . 49. 370

Dispache. Havarie-Grosse-Dispachen, welche von solchen Personen, die weder durch Gesetz noch durch Usanz dazu befugt sind aufgemacht worden, haben keinerlei verbindliche Kraft für den Assecuradeur. Groß c. Govert u. Sohn u. v. Bergen. H. G. No. 21 . . . . 41. 327

Dispache. Auf eine planwidrig aufgemachte Dispache kann keinerlei Einlassung auferlegt werden. Groß c. Goverts u. Sohn u. v. Bergen. O. G. u. O. A. G. No. 21 . „ „
S. dagg. H. G. ebendas.

Eheliches Güterrecht. Persönlich über-

No. Seite

nommene Verbindlichkeiten der Ehefrau bleiben trotz des Fallissements des Mannes bestehen. Dr. Ruhle c. Kleindiek. H. G. No. 19 41. 322

Eheversprechen. Die Klage aus einem solchen setzt wesentlich voraus, daß die versprochene Ehe nach den physischen und geistigen Qualitäten des Promittenten als eine mögliche erscheine. N. G. Praewitz c. Tschölzke. Prät. No. 9 . . . . . . 17. 136
f. O. G. ebendas.

Eideszuschiebung als Beweismittel siehe unter Wechsel-Proceß und Executiv-Proceß.

Eigenthumserwerb. Bei einem solchen per mandatarium genügt es, wenn die Sache in des mandatarii wirklichen Gewahrsam übergegangen ist. Dr. Schröder c. Curat. bon. Knoop & Co. O. G. No. 25 26. 205

Eigenthumserwerb. Die Wirkung der in das Stadt-Erbebuch oder die sonstigen Eigenthumsbücher geschehenen Inscriptionen, daß sie absolut unanfechtbares Eigenthum gewähren, wohnt denselben nicht als solchen, sondern nur insofern bei, als sie eine Beurkundung des vorangegangenen öffentlichen Actes der Verlassung enthalten. — Die Eintragungen in das Eigenthumsbuch des vormaligen St. Johannis-Kloster-Gebiets gewähren daher solch unanfechtbares Eigenthum nicht, da ihnen keine Verlassung vorangeht. Der bei Eintragungen in dies Buch, sowie bei späteren Umschreibungen von jeher erforderliche obrigkeitliche Consens kann den Mangel der Verlassung nicht ersetzen. Niebuhr c. Sottorf. O. A. G. No. 19 (cf. Register 1861) . 31. 243

Empfang. Winde und Tau muß dem Empfänger einer Waare vom Verkäufer in fehlerfreiem Zustande geliefert werden. Piehl & Schulenburg c. Böhme. H. G. No. 51 . 26. 204

Empfang. Vorbehaltloser Empfang schließt auch solche Monituren des Empfängers gegen die Qualität der Waare aus, welche sich auf sog. heimliche Mängel stützen. H. G. Dr. Wolffson m. n. c. Meyer 3. 19

Empfang. In der Disposition über eine zugesandte Waare wird Approbation und Empfang derselben erblickt. Dr. Wolffson m. n. c. Meyer 3. 93

Empfang vide auch Besicht.

Erbverträge, acquisitive, sind nach Hamb. Rechte ungültig. Dres. Stammann und Zimmermann c. Loebig. O. A. G. No. 25 52. 416
s. dagg. Erk. d. O. G. zu Br. ebendas. S. 415.

Erkenntniß. Durch ein rechtskräftig gewordenes Erkenntniß wird unter den Parteien ein neues Rechtsverhältniß geschaffen, von dem keiner Partei eine Abweichung gestattet ist. H. G. Dr. Hertz c. Leinau Söhne 5. 35

Erkenntniß. Bei der Frage, ob eine bestimmte Verfügung einer Verwaltungsbehörde als richterliche Entscheidung anzusehen sei oder nicht, kann die Rubricirung der ertheilten Ausfertigung und die Form der Publication oder Insinuation nur ein Indicium für die Ansicht der betreffenden Behörde von der Bedeutung ihrer Verfügung, nicht aber hinsichtlich des Wesens derselben allein entscheidend sein. Auch ist diese Frage keineswegs von der betreffenden Verwaltungsbehörde nach ihrer Willkür zu entscheiden. O. G. Dr. Beyer c. Polizeibehörde. N. G. No. 22 . . . . . . 35. 276

Erfüllungsort. Solcher ist beim Kaufe, wenn nichts anderes verabredet, der Ort, wo das Kaufobject sich befindet. Capt. Squire c. Lenders. H. G. No. 70 . . 34. 265

Executivproceß. In demselben sind illiquide Einreden stets ad separatum zu verweisen, wenn nicht die Bedingungen eines Arrestes vorhanden sind. Dirks c. Heinemann. H. G. No. 22. (Zweite Kammer) 12. 89

Executivproceß. In solchem kann die Eideszuschiebung unter Umständen ein zulässiges Beweismittel sein. O. G. Dr. Jacobson c. Polack. H. G. No. 45 . . 24. 186
(entgegenstehend H. G.)

Fondsmakler vide Makler.

Forum contractus. Zur Begründung desselben ist nach Hamburgischem Recht auf Seiten des beklagten Contrahenten der Aufenthalt im Gerichtsbezirk des Contractes oder der Besitz von Vermögen in demselben zur Zeit der Klage erforderlich. Der Besuch der Börse allein genügt nicht zur Annahme eines solchen Aufenthaltes; und das Vermögen muß der Art sein, daß es dem Beklagten zur Zeit der Ladung unzweifelhaft zustand. Capt. Squire c. Lenders. H. G. No. 70 . . 34. 265

Fracht. Nach hiesigem Recht kann der Schiffer, wenn durch einen Havariefall beschädigte Waaren vor beendeter Reise verkauft werden mußten, eine Fracht nur pro rata itineris beanspruchen. Sanders & Co. c. Lazarus und Mieth. H. G. No. 26 . 14. 105

Fracht. Bezahlung derselben in der Chartepartie in „bills of usance on London“ bedungen. Bröbermann c. Bolten . . . 2. 13
10. 75

Frachtzahlung kann im Zweifel Zug um Zug gefordert werden. Capt. Adams c. Mutzenbecher Söhne. H. G. No. 111. . 50. 394

Frachtvertrag. Wenn die Chartepartie die

No. Seite

Clausel enthält, daß der Capitain ohne Consens des Charterers keine Ladung von einem Andern einnehmen dürfe, bei Strafe des Verlustes der Fracht dafür, so ist der Capitain deßhalb nicht verpflichtet, unter allen Umständen keine Beiladung zu nehmen, sondern hat vielmehr die gewöhnliche Diligenz zur Erlangung einer solchen anzuwenden. Bolten c. Mac Donald & Co. H. G. No. 69 33. 261

Fremder vide Concurs.

Gesetze. Nur solche Beschlüsse der gesetzgebenden Gewalt sind für die Gerichte bindend, welche in Form von Gesetzen publicirt sind. Der Landvoigt zu Billwärder c. Finanz-Deputation. N. G. No. 26 . . . . . . 50. 399

Gesetzwidrigkeit. Wenn Jemand gesetzwidrig gehandelt hat, so kann er deßhalb zwar von der competenten Behörde in Strafe genommen, keineswegs aber eines ihm an und für sich zustehenden Rechtes verlustig werden. Günther c. Finanz-Deputation. N. G. No. 5 . . . . 17. 110

entgegenstehend O. G. No. 44 . . . . 47. 375

Gewerbsfreiheit vide Cribar.

Gutsübernahme vide Altentheils-Vertrag.

Havarie-grosse. Für geworfene Gegenstände, welche bevor sie zum Besten von Schiff und Ladung geworfen wurden, bereits durch andere, nicht zur Havarie-grosse gehörige Unfälle eine Beschädigung erlitten hatten, wird nur der Werth, den sie in diesem beschädigten Zustande gehabt haben, in Havarie-grosse vergütet. Lemcke & Co. c. Richter. H. G. No. 55 . . . . 28. 220

Havarie-grosse. Die Beschädigung, welche ein Schiff durch Zusammenstoß mit einem andern Schiff erlitten, ist alsdann vollständig als Havarie-grosse über Schiff, Fracht und Ladung zu vertheilen, wenn das Schiff den Zusammenstoß nicht vorsätzlich herbeigeführt hat und zugleich der Schiffer wie die Rhederei sich ohne ihre Schuld außer Stande befinden, von dem andern Schiff eine Vergütung der Beschädigung zu erlangen. Hbg.-Amer. Pack.-Act.-Ges. c. Berenberg Goßler & Co. H. G. No. 50 . . . . 26. 202

Hypothek. Die persönliche Klage des Hypothekbesitzers. Dieselbe war dem alten Rechte fremd; ist jedoch im heutigen begründet; jedoch ist bei derselben dem Schuldner dieselbe sechs monatliche Frist zu lassen, wie bei der dinglichen Klage. Siebke c. Siebke. N. G. No. 26 . . . . 48. 378

Injurie. Der animus injuriandi setzt nur voraus, daß Jemand wissentlich etwas gethan, was den Andern zu beleidigen geeignet ist, mag auch seine Absicht nicht speciell auf Beleidigung gerichtet gewesen sein. — Der s. g. Irthum in der Person hebt die Strafbarkeit der Beleidigung nicht auf — Der Widerruf eines beleidigenden Zeitungsartikels kann der in continenti erfolgenden Revocation einer beleidigenden Aeußerung in seinen rechtlichen Wirkungen nicht gleichgestellt werden. — Der Umstand, daß die injuriöse Beschuldigung nicht vom Injurianten selbst ausgegangen, sondern von demselben nur adoptirt und weiter verbreitet worden, ist Milderungsgrund. Dr. Wex c. Dr. Bonfort. Pr. No. 13 30. 237

Injurie. Die Einrede der Wahrheit ist in Fällen, wo es sich um ein Urtheil über den sittlichen Werth oder die Handlungsweise eines Menschen handelt, nur dann zulässig, wenn das Urtheil sich als die rein logische Consequenz der angeführten Thatsachen darstellt. Stempner c. Voges. N. G. No. 5 19. 148

Injurie. Der animus injuriandi ist im Allgemeinen vorhanden, wenn jemand wissentlich etwas gethan oder geäußert hat, wodurch die Ehre eines andern angegriffen wird; doch leidet diese Regel nicht unbedingte Anwendung in den Fällen, in welche die Aeußerung nicht direkt an den Beleidigten gerichtet ist. Dr. Wex c. Hüttner. O. A. G. No. 24 48. 381

Injurie. Bei Abmessung der Strafe für die durch eine Zeitung begangene Injurie ist deren größere oder geringere Verbreitung zu berücksichtigen. Dr. Wex c. Dr. Bonfort. O. G. No. 45 49. 399

Injurie. Befugniß des Richters, einer ästimatorischen Injurienklage eine solche auf Ehrenerklärung zu substituiren. — Abneigung des Hamburg. Rechts gegen Begünstigung der Injurienklagen, namentlich der ästimatorischen. s. Prätur 4. Stepner c. Voges 10. 78

Dagegen jedoch Niederger. No. 5. . . . . 19. 148

Injurie vide auf Diffamation.

Indossament vide Wechsel.

Inseraten-Abgabe. Die Abgabe von Zeitungs-Inseraten ist nicht auf bezahlte Inserate beschränkt. Sie leidet aber keine Anwendung, wo es sich um eine Abhandlung aus dem Gebiet der Wissenschaft handelt, wenn solche Abhandlungen auch eine specielle Empfehlung bezwecken. Finanz-Deputation c. Richter. Prätur. 7. 58

Interesse vide auch unter Kauf.

Interessentschaft. Wer durch Unterzeichnung eines Kaufcontractes Mitglied einer solchen geworden ist, ist den Statuten und Beschlüssen derselben unterworfen. Boye u. Krogmann c. Hirsekorn. H. G. No. 42 . 46. 366

Interessentschaft. Ist ein Grundeigen-

	No.	Seite
genthümer vermöge seines Kaufcontractes Mitglied einer solchen und zu gewissen Prästationen an dieselbe verpflichtet, so binden ihn Majoritätsbeschlüsse der übrigen Interessenten doch nicht unbedingt, sondern nur nach Maßgabe der contractlich übernommenen Verpflichtung, so wie der Natur der Sache. Boye u. Krogmann c. Hirsekorn. N. G. No. 23	37.	296
Irrthum in den Motiven ist ungeeignet, eine Annullirung des irrthümlich eingegangenen Geschäfts herbeizuführen. Meyer c. Winkler & Nagel. O. A. G. No. 8	13.	99
Kauf. Der contractbrüchige Verkäufer hat seinem Mitcontrahenten das Interesse zu prästiren, somit demselben das gesammte positive und negative Interesse zu ersetzen, welches eine wirkliche Folge seiner Contractbrüchigkeit war, soweit solcher Schaden nicht durch gehörige Diligenz des Käufers abgewandt werden konnte. Heyn & Co. c. Heyn. H. G. No. 5	3.	17
Kauf. Der contractbrüchige Verkäufer hat dem Käufer das Interesse zu ersetzen, welches dieser an der Erfüllung des Handels hat; bei Berechnung desselben sind diejenigen Auslagen, welche dem Käufer bei Lieferung der Waare erwachsen wären, in computum zu bringen. Müller & Co. c. Jacoby & Co. H. G. No. 63	42.	330
Kauf nach Probe. Bei einem Kauf nach Probe kann in der Benennung, welche der Waare gegeben worden, ein dictum et promissum, welches dem Verkäufer eine weitergehende Verpflichtung als Lieferung einer probemäßigen Waare auferlegt, nicht gefunden werden. Dr. Wolffson m. n. c. Meyer. H. G.	3.	19
Kauf nach Probe. Ein solcher ist nicht immer als ein Kauf cum dicto et promisso, sondern oft auch als ein Kauf sub conditione zu betrachten. Wenn bei einem solchen die Waare hier empfangen und alsbald nach Abschluß des Geschäfts nachgestochen werden soll, so hat der Verkäufer, falls die Waare beim Nachstechen sich als nicht probegemäß erweist, weder eine andere Waare zu liefern noch Entschädigung zu zahlen. Graham & Bowden c. Liefmann Söhne. H. G. No. 54	28.	218
Kauf eines Grundstücks. Der Käufer eines Grundstücks hat die Revenüen von dem Zeitpunkt an zu genießen, von welchem an er die Zinsen und Abgaben tragen soll; und entspricht nach hiesiger Usanz der 1. Mai resp. 1. Novbr. in Betreff der Revenüen dem Oster- resp. Michaelis-Termine in Betreff der Zinsen und Lasten. Jahraus c. Zickursch. N. G. No. 18	23.	182
und O. G. No. 32	30.	236
Kauf. Im Handelsverkehr verliert derjenige, welcher eine Waare mit einem bestimmten Rücklieferungstermin erhalten, sein Recht, zurückzuliefern, stillschweigend mit Eintritt dieses Termins. Himmelheber c. Rosenberg. O. G. No. 41	44.	349
Kauf vide auch unter Probe; unter Empfang, und unter Minderungsklage.		
Kauf auf Lieferung vide Lieferungsgeschäft.		
Klagenhäufung. Der subjective Klagenhäufung kann von dem Beklagten nicht widersprochen werden, wenn sämmtliche Kläger ihren Anspruch auf dasselbe rechtliche und factische Fundament stützen. Der Landvoigt zu Billwärder c. Finanz-Deputation, N. G. No. 26	50.	399
Kündigung eines Miethe-Contractes vide Miethe-Contract.		
Kreuze als Wechselunterschrift vide Wechsel.		
Ladescheine. Dem Ablader gegenüber, welcher einen Ladeschein gezeichnet hat, ist einem solchen unbedenklich die volle Wirkung eines Connossements beizulegen, wenn auch im Verhältniß zum Flußschiffer gewichtige Gründe gegen die Gleichstellung der Ladescheine mit dem Connossemente sprechen mögen. Dr. Wex c. Dröscher. H. G.	7.	51
Lebensversicherung. Ist bei den vor einer solchen zu machenden Declarationen ein Umstand verschwiegen, der nach vernünftigem Ermessen auf Abschluß der Police von Einfluß sein mußte, so kommt es auf den Nachweis daß dies wissentlich geschehen, nicht weiter an. O. G. u. O. A. G. Nibbe c. Müller O. A. G. No. 13	45.	359
Siehe dagegen N. G.		
Leichter vide Schiffer.		
Lieferungsgeschäft. Wie die Stipulation der Zahlung „bei Einlieferung der Connossemente" mit dem § 2 der Usanzen in Einklang zu bringen. Meyer c. Peltzer. O. G. No. 20	19.	148
Lieferungsgeschäft. Der Käufer kann verlangen, daß die nach der Schlußnote bis zu einer bestimmten Zeit zu verladende Waare in üblicher Weise verladen werde, und darf anderen Falls den Empfang verweigern. Arnthal & Horschitz Gebr. c. Eggers. H. G. No. 34	20.	153
Lieferungsgeschäft. Bei einem solchen über Werthpapiere sind die Contrahenten ohne besondere Uebereinkunft nicht verpflichtet, sich auf Forderung der Preisdifferenz zu beschränken; können vielmehr reelle Erfüllung des Contractes und Ersatz des aus der vor-		

	No.	Seite
späteten Erfüllung erwachsenen Schadens fordern. O. G. Derenberg c. Arnthal & Co.	23.	180
Anders H. G. in derselben Sache . . .	9.	67
Lieferungsgeschäft. Um das Kaufobject am Lieferungstage wirksam fordern zu können, muß der Käufer sich auch seinerseits zur Bezahlung des Kaufpreises bereit erklären. Derenberg c. Arnthal & Co. O. G. No. 23	23.	180
Lieferungsgeschäft. Bei einem solchen über Werthpapiere ist die Bestimmung der Lieferungszeit ein essentiale. Derenberg c. Arnthal & Co. O. G. No. 23 . .	23.	180
Lieferungsgeschäft. Der Contrahent, welcher dadurch lädirt ist, daß sein Mitcontrahent nicht liefert, kann Erfüllung des Handels nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder vom Handel zurücktreten. Andresen c. Levig. H. G. No. 110	49.	388
Lieferungsgeschäft. Eine eigenmächtig vom Schiffer vorgenommene Umladung steht nicht zur Verantwortung des Verkäufers. Fraustaedter & Co. c. Kosow. H. G. No. 41	22.	172
und O. G. No. 30	29.	231
Lieferungsgeschäft über Werthpapiere. Bei einem solchen mit genau festgesetzter Lieferungszeit ist der Anspruch jedes Contrahenten auf Erfüllung des Contractes dadurch bedingt, daß er seinen Mitcontrahenten am Erfüllungstage durch Interpellation in moram versetzt. Derenberg c. Arnthal & Co. H. G. No. 16	9.	67
O. G. No. 23	23.	180
Löschen vide Schiffer.		
Löschtage. Ist die Zahl derselben nach dem zu löschenden Gewicht vorgeschrieben (z. B. „täglich 1½ Keel zu löschen"), so ist dabei das hierorts ausgelieferte Gewicht der Ladung besonders dann als maßgebend anzusehen, wenn das im Abladeplatz eingenommene Gewicht dem Capitain gegenüber gar nicht constatirt worden. Reimers c. Israel. H. G. No. 74	34.	273
Makler. Fondsmakler. Die Vermittelung von Fondsgeschäften ist nicht ausschließlich geschwornen Unterhändlern reservirt. Schiff c. Pollack. H. G. No. 67	33.	258
Mandat zum öffentlichen Kauf eines Grundstückes vide O. A. G. Caspar c. Israel	4.	29
Mandat zur Zahlung. Verpflichtet sich der mit einer Zahlung an einen Dritten beauftragte diesem gegenüber selbstständig, so ist dies zwar eine Ueberschreitung des Mandats, bewirkt aber, daß der Mandatar, welcher dem Dritten gegenüber selbstständig expromittirte, demselben verhaftet wird. Dr. Wolffson c. Lohmann. H. G. No. 114 .	51.	409
Miethe. Der Miether ist weder verpflichtet, persönlich einzuziehen, noch auch ein zur Sicherung der Miethe genügendes Mobiliar zu inferiren, auch dann zu nicht, wenn er eine Aftervermiethung vorgenommen hat. N. G. Krohnsnest c. Goslinsky. Prät. No. 16 siehe dagegen Prät.	44.	354
Miethe. Der Vermiether eines Hauses kann sich seinen contractlichen Verpflichtungen durch den Verkauf des Hauses nicht entziehen, falls nicht der Miether den Eintritt des neuen Eigenthümers in den Miethecontract an Stelle des ursprünglichen Vermiethers genehmigt hat; eine solche Genehmigung kann aber nicht schon darin gefunden werden, daß der Miether wegen einzelner baulicher Veränderungen mit dem neuen Eigenthümer verhandelt. O. G. u. N. G. Heckscher c. Boy Gebr. N. G. No. 4	12.	95
Miethe-Contract. Das im Art. 22 sub 3 der N. Fall.-Ordg. statuirte Kündigungsrecht steht auch den Curat. bon. des Vermiethers zu. N. G. (Anders Prät.) Römer Wwe. c. Puvogel	7.	56
	10.	76
Miethe. Der contractbrüchige Vermiether ist verpflichtet, dem Miether eines resp. eines halben Jahres Miethe als Buße zu zahlen; ebenso derjenige, welcher, wegen eines ihm zu Last kommenden Unfalles das vermiethete Local nicht liefern kann; ist er hiezu jedoch später im Stande und will alsdann der Miether nicht einziehen, so wird die Buße verhältnißmäßig reducirt. Eichholz c. Behnke. N. G. No. 24	39.	312
Miethe vide auch Versperrungsrecht des Vermiethers u. Pfandrecht des Vermiethers.		
Miethe. Das Recht zur Kündigung eines Miethe-Contractes, welches im Art. 22 sub 3 der N. Fall.-Ordg. statuirt ist, setzt eine Insolvenzerklärung voraus und ist daher unanwendbar auf einen der concursmäßigen Behandlung nicht unterworfenen Beneficial-Nachlaß. Prät. u. N. G. Römer Wwe. c. Puvogel.	7.	56
	10.	76
Minderjährige, sofern sie nur über die infantia hinaus sind, können solche Rechtsgeschäfte, welche ihnen ausschließlich Vortheil bringen, auch ohne Vormund gültig vornehmen. Dr. Hirsch u. Frese c. Schrader. Pr. No. 20	28.	223
Minderjährige. Durch den bloßen Betrieb eines Handelsgewerbes ohne Genehmigung		

No. Seite

des Vaters oder der Vormünder und ohne Billigung der Behörde ist der Minderjährige auch für dies Gewerbe nicht als volljährig anzusehen; der Minderjährige jedoch, welcher in einem offenen Laden gewerbmäßig Handel treibt, ist in Rücksicht auf solches Geschäft als volljährig zu behandeln (malitia supplet aetatem). Fromm c. Wolffsohn. H. G. No. 72 34. 268

Minderungsklage. Eine bei dem Verkauf eines Grundstückes gemachte unrichtige Angabe über den Miethertrag desselben berechtigt an sich den Käufer nicht zur Minderungsklage. Proc. Dorn m. m. c. Kallmes. N. G. No. 16 . . . . . . 20. 139
und O. G. No. 28 . . . . 29. 230

Mora, Eine. Purgatio morae ist bei einem Geschäfte mit einem ganz bestimmten Lieferungstermin ausgeschlossen. Andresen c. Levig. H. G. No. 110 . . . . 49. 388

Negotiorum gestio. Eröffnet die Behörde ein an einen Strafgefangenen gerichtetes Schreiben, so erwirbt sie als negotiorum gestrix das Eigenthum dem Adressaten. Beyer c. Polizeibehörde. N. G. No. 25 46. 368

Nachnahme. Der § 9 des Vereinsreglements der deutschen Eisenbahnen vom 1. December 1858 enthält kein klares Verbot der Werthnachnahme, zu welcher der Absender im Allgemeinen befugt ist. Schreiber & Mietau c. Berl.-Hamb. Eisenb.-Gesellschaft. H. G. Zweite Kammer. No. 58 . . . . 29. 227
(entgegenstehend Erste Kammer H. G. No. 46 25. 193

Novation. Eine privative Novation liegt nach der Intention der A. D. W. O. in der Ausstellung eines Sola-Wechsels für eine bestehende Schuld des Ausstellers. Israel Joseph c. Bloch. H. G. No. 84 . . . 38. 300

Novation kann auch stillschweigend geschehen. Curat. bon. Müller c. Dencker. O.A.G. No. 15 22. 173

Officium judicis. Die Abweisung einer gegen den unrechten Beklagten gerichteten Klage, ist ex officio zulässig, auch wenn der Beklagte keine desfallsige Einrede vorgeschützt hat. Peters c. Wedde. Pr. No. 10. . 19. 149

Penalty Clausel. Die penalty Clausel in Chartepartieen gewährt nach englischem Recht keine selbstständigen Rechte; sondern der Gläubiger kann trotz ihrer nur sein wirkliches Interesse geltend machen, und muß dies erweisen. Dies gilt jedoch nicht von einer Clausel, in welcher ein liquidated damage normirt ist. Bolten c. Mac Donald & Co. H. G. No. 69 . . . . . . 33. 261

Pfandrecht des Vermiethers. Unter dasselbe fallen alle Sachen, die der Miether inferirt, einerlei ob sie diesem gehören und ob sie sofort beim Einziehen inferirt sind; es sei denn, daß der Miether dem Vermiether angezeigt, ein Theil der Sachen gehöre ihm nicht. Damit das Pfandrecht des Vermiethers zur Wirksamkeit komme, muß er auf dasselbe provociren, was nicht nur durch Erwirkung eines Hauerbefehls, sondern auch durch außergerichtliche Willenserklärung geschehen kann. Sind die Illaten mala fide exferirt, so ist eine solche Erklärung zur Wirksamkeit des Pfandes überall nicht erforderlich. Dieseldorf c. Waitz. Prät. No. 8 . . 16. 128
N. G. No. 18 . . . . 23. 184

Pfandrecht s. auch Hypothek.

Polizeibehörde. Bei Entscheidung der Frage ob ein Erlaß derselben richterlicher oder administrativer Natur sei, kommt es nicht sowohl auf die Ansicht der Behörde, als auf Inhalt und Bedeutung der Verfügung selbst an. Richter c. Polizeibehörde. Prät. No. 15 43. 344

Police auf Inhaber. Der Besitzer einer solchen hat ein selbstständiges Recht gegen den Versicherer und stehen ihm Einreden (z. B. der Compensation), die der Versicherer gegen den ursprünglichen Versicherungsnehmer hat, nicht entgegen. Dr. Brandis c. Schernikau. H. G. No. 85. . . . . . . 38. 302

Preßgesetz. Außer den in diesem enthaltenen, stehen der Polizeibehörde keine weitere Befugnisse der Presse gegenüber zu. Richter c. Polizeibehörde. Prätur No. 15 . . 43, 344

Präventivverbote sind administrativer Natur. Richter c. Polizeibehörde. Pr. No. 15 43. 344

Probe. Das Uebersenden der Probe in einer Verpackung, sowie das unter den nothwendigen Siegeln auf derselben vorgefundene Siegel des Schiffers hebt den Werth der Proben nicht auf. H. G. Rée c. Gebr. Schiller & Co. 8. 58

Probe. Die Untersuchung der von auswärts eingehenden Proben hat sofort nach ihrer Ankunft hier zu geschehen, und zwar auch dann, wenn eine Partei die ihr von der andern Partei vorgelegten Proben nicht anerkennen will; widerspricht eine Probe solcher Untersuchung, so wird usancemäßig das Commercium um Ernennung von Sachverständigen behufs derselben ersucht. H. G. Rée c. Gebr. Schiller & Co. 8. 59

Promissory notes. Nach amerikanischem Rechte gültige pr. notes sind hierorts als eigene Wechsel zu behandeln. Gleichmann c. Seckel. H. G. No. 51 . . . . . 18. 138

Prorogation erfordert Consens des Richters, auf den prorogirt worden. Pr. Jahraus c. Ziekursch. N. G. No. 18 . . . . 23. 182

Prorogatio fori. Wenn die Parteien sich

No. Seite

der niedergerichtlichen Cognition ausdrücklich begeben und der Entscheidung der Prätur unterworfen haben, so kann der trotzdem beim N. G. anhängig gemachten Klage die Einrede der Incompetenz opponirt werden. Pr. Dorn m. n. c. Zinkernagel m. n. N. G. No. 11 20. 158
O. G. No. 28 . . . . 29. 230
Protocolle. Unterschrift von Untersuchungsprotocollen durch den Inquisiten ist kein wesentliches Requisit der Gültigkeit des Verfahrens. Untersuchungssache c. Gumprecht. O. G. No. 40 . . . . 44. 347
Quittung. Bei einem Streite über die Formulirung einer Quittung ist der Zahlungsempfänger derjenige, welcher zunächst eine Anwartschaft auf Formulirung der Quittung, als einer von ihm auszustellenden Urkunde, hat. Stolze c. Reuter. O. A. G. 1. 6
Redhibition, theilweise. Hat ein Käufer, der redhibirt, vom Verkäufer bereits den ganzen Preis zurückerhalten, und erklärt nun, nur theilweise redhibiren zu wollen, so braucht er seinerseits dem Verkäufer nur wieder den Preis desjenigen Theils, in Betreff welches er (der Käufer) den Handel bestehen lassen will, zurückzuerstatten. Dr. D. Herz c. Leinau Söhne. O. G. No. 16. . . . 16. 126
Reallasten können nicht durch bloßen Vertrag begründet werden. Boye u. Krogmann c. Hirsekorn. N. G. No. 3. . . . . . 38. 295
Recusation. Die Recusation solcher Gerichtsmitglieder, welche Actionaire und Mitarbeiter einer Zeitung sind, in einem Processe, in welchem diese Zeitung Partei ist, ist für rechtlich begründet nicht zu erachten. O. G. Dr. Wex c. Dr. Bonfort. Pr. No. 13 30. 237
Rechtsmittel. Durch die Anrufung eines incompetenten Appellationsgerichts wird das eingelegte Rechtsmittel nur dann desert, wenn jenes Gericht auf einer niedrigeren Rangstufe steht als das eigentlich competente. Einer ausdrücklichen Salvirung der jura decendii durch das angerufene Gericht bedarf es zur späteren Verfolgung des Rechtsmittels vor der richtigen Instanz nicht; und ist eine restitutio in integrum unnöthig, wenn nur bei der ersten Einwendung des Rechtsmittels (bei dem incompetenten Gerichte) die Formalien gewahrt sind und die zweite Einwendung intra decendium vom Tage des dort abweisenden Decrets erfolgt. N. G. Dr. Wex c. Dr. Bonfort. Pr. No. 13 20. 237
Reconvention. Eine solche ist, selbst wenn die beklagtischen Gegenansprüche illiquid gelassen sind, richterlichem Ermessen nach dann zu verstatten, wenn eine Verweisung ad separatum den Intentionen der Parteien zuwider sein und die Verfolgung des beklagtischen Rechtes erschweren würde. Dr. Sieveking c. Asplund. H. G. No. 87 . 39. 309
Res judicata. Für den ursprünglich Berechtigten ist das gegen seine Rechtsnachfolger ergangene Erkenntniß unverbindlich; während umgekehrt Rechtsnachfolgern das gegen ihren auctor ergangene Erkenntniß als res judicata entgegenzusetzen ist. Dr. Banks c. Hartmann. H. G. No. 80. . 37. 298
Retention. Aus einem Gegenanspruch, der noch nicht auf Zahlen gebracht ist, kann man nicht retiniren. Capt. Adams c. Mutzenbecher Söhne. H. G. No. 111. . . . 50. 384
Retention. Das Hamb. Recht sieht bei der Einrede der Retention von dem Erforderniß der Connexität ab und verlangt nur ein klagbares Substrat, welches jedoch justo titulo erlangt sein muß. Curat. bon. Müller c. Dencker. O. A. G. No. 15. . . . 22. 173
Retentionsrecht. Der im fehlerfreien Besitze befindliche Gläubiger einer Fallit-Masse hat derselben gegenüber ein Retentionsrecht auch für noch nicht fällige Forderungen. Cur. bon. Krös c. Krös 7. 54
Retorsionsrecht. Das Retorsionsrecht ist nach den Grundsätzen des Völkerrechts in der Weise begründet, daß wenn sich ein Staat in der Rechtspflege zu Gunsten seiner eigenen Staatsangehörigen eine ungleiche Behandlung der Angehörigen eines fremden Staates oder deren Eigenthum erlaubt, die Rückanwendung desselben Princips abseiten des dadurch benachtheiligten Staates gegen die Angehörigen des so handelnden Staates Platz greift; daß ihm dagegen die Ausübnng beliebiger Repressalien durch willkürlich vorzunehmende Rechtsverweigerung gegen die Unterthanen des betreffenden Staates keineswegs gestattet ist. Die Ausübung des Retorsionsrechtes, wenn dieselbe gleich gemeinrechtlich eines legislativen Beschlusses der Staatsgewalt bedarf, steht in Hamburg gewohnheitsrechtlich den Gerichten ohne Weiteres zu. Dr. v. Bönninghausen m. n. c. Cur. bon. der Hammonia. G. N. No. 3. 11. 86
Schenkung. Der Umstand, daß Schenker und Beschenkter in dem Verhältniß von Vater und Sohn zu einander stehen, ist im heutigen Rechte für die Gültigkeit der Schenkung irrelevant. — Die Acceptation einer Schenkung kann auch dadurch geschehen, daß der Beschenkte gegenwärtig ist und schweigt. Darüber, wann eine einfache Schenkung conferirt werden muß, gelten auch in Ham-

No. Seite

burg die Grundsätze des römischen Rechts. Dr. Hirsch u. Frese c. Schrader. Pr. No. 20 28. 223

Schifferalte. Denselben steht keine Criminal-Jurisdiction zu. Schultz c. Woermann. 1. 8

Schiffer. Differenzen zwischen Schiffer und Ladungsempfänger sind am Bestimmungsorte der Ladung zum Austrag zu bringen. H. G. Dr. Schultz c. Mutzenbecher 4. 28

Schiffer. Den Schiffer trifft beim Löschen die Verantwortlichkeit für den zur Auflegung der Waaren angenommenen Leichter. O. A. G. u. H. G. gegen O. G. Dr. Knauth c. Tesdorpf 2. 11

Schiffer. Wenn ein Schiffer Waaren beschädigt abliefert, so muß der Empfänger ihm sofort nach Empfang Anzeige machen. Liebisch c. Unger. H. G. No. 86 . . . 39. 306

Schiffer. Bei der Ankunft beschädigter Waaren ist die vom Schiffer unterlassene Zuziehung des Empfängers zur Besichtigung dann ohne nachtheilige Folgen für ersteren, wenn die Schifferalten das Gut während es noch in der Lage war, bereits als nicht in Folge mangelhafter Stauung beschädigt attestirt haben. Gegen ein solches Attest steht dem Empfänger der Gegenbeweis zu. Gehrkens c. Kramer. H. G. No. 90 . . . 40. 315

Schiffer. Der Schiffer muß nach §. 9 der Verordnung von 1786 am Ende, wenn er die Lage eigenmächtig gebrochen hat, den Verlust an der Quantität, aber nicht auch eine bloße Beschädigung der Qualität ohne weiteres vergüten. Sloman c. Pick & Co. O. A. G. No. 16 24. 187

Schiffer. Art. 9 der Verordnung von 1786 verbietet dem Schiffer nur in dem Falle, daß sich eine äußerliche Beschädigung an den Fustagen oder Emballagen befindet, die Güter ohne Anzeige an den Empfänger aus der Lage zu nehmen. de Voß c. Warman. H. G. No. 53 28. 217

Schiffer. Derselbe haftet dann nicht ex recepto, wenn kein Frachtcontract, sondern lediglich eine Vermiethung des Kahns als Transportgefäßes vorliegt. Dr. Winterhoff c. Nordd. Fluß-Dpfsch.-Ges. H. G. No. 64 32. 254

Schiffer. Die Haftpflicht des Schiffers umfaßt allen Schaden, welcher durch Verlust des Gutes seit der Empfangnahme bis zur Auslieferung entstanden ist, und wird derselbe nur frei, wenn er beweist, daß der Verlust durch höhere Gewalt, durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes oder durch heimliche Mängel der Verpackung entstanden ist. Ob der Schiffer sich von dieser Verbindlichkeit durch sporadische öffentliche Bekanntmachungen theilweis befreien könne, ist zweifelhaft. Martens c. Harms. H. G. No. 83 38. 298

Schiffer. Der Schiffer kann solche Kosten vom Empfänger nicht ersetzt verlangen, die er zu verausgaben hat, um den Transport ordnungsmäßig zu beschaffen, oder die ihrer Natur nach lediglich auf dem Kahn haften. Bei einem Unglücksfall auf der Flußschifffahrt sind Schaden und Kosten, die der Ladung oder dem Kahn widerfahren, von jedem Theil allein zu tragen. Prüß c. Schiller & Co. H. G. No. 63 32. 249

Schiffsmakler. Der Anhang zur Maklerordnung vom 9. October 1828, welcher das im §. 30 der Maklerordnung den Maklern ertheilte Verbot aufhebt, einen Schiffer ohne Vermittlung eines hiesigen Kaufmannes zu bedienen, hält auch ein Verbot der Besorgung von Geschäften für auswärtige Befrachter keineswegs aufrecht. O. G. Eimbcke c. Voß. (cf. Register von 1861) . . . 11. 85

Societät. Der vom Orte seiner Handelsgesellschaft entfernt domicilirte einzelne Socius ist nicht berechtigt, bestrittene Ansprüche gegen die Gesellschaft zur Entscheidung zunächst an das Domicil der letzteren zu verweisen, sondern muß bei den Gerichten seines eigenen Domicils auch im Processe für seine auswärtige Gesellschaft Recht nehmen. O. A. G. Dr. Schröder c. Hünicken. (Anders O. G.) . 6. 48

Societät. Die Interpellation, welche vor Einklagung eines hierorts domicilirten Socius einer auswärtigen Firma bei letzterer geschehen muß, ist nicht erforderlich, wenn sie voraussichtlich ohne Erfolg sein würde. Ringel c. Hartmann. H. G. No. 88 . . . . 39. 309

Societät. Der Grundsatz, daß der hier domicilirte Associé eines auswärtigen Hauses wegen Ansprüche gegen seine Firma deren vorgängige Interpellation in ihrem Domicil verlangen kann, schützt den fremden Associé eines solchen Hauses nicht gegen einen Sicherheitsarrest, wenn derselbe sonst begründet ist; auch muß solche Interpellation cessiren, wenn sie keinen Erfolg versprechen kann. Köster c. Darte. H. G. No. 75 35. 275

Societät. Jeder Socius einer Handelsgesellschaft haftet solidarisch für alle Verbindlichkeiten derselben. H. G. Dr. Schröder c. Hünicken. (cf. jedoch Erk. d. O. A. G.) 6. 47

Societät. Die Vereinigung mehrerer Personen zum Ankaufe einer einzelnen Sache ist als Societät aufzufassen, falls die Vereinigung dahin geht, jedem Theilnehmer einen verhältnißmäßigen Gewinn zu verschaffen und zu diesem Zweck den Kaufpreis gemeinschaftlich aufzubringen. O. A. G. Güssefeld c. Herz 5. 37

Societät. Der Socius darf solche Ausgaben, welche an sich als ungehörige erscheinen, seinem Gesellschafter nur dann in Rechnung bringen, wenn er sie im Auftrage oder mit Genehmigung desselben gemacht.

No. Seite

Bei der Gelegenheitsgesellschaft zwischen zwei Handlungshäusern, welche einen verschiedenen Aufenthaltsort haben und worin folglich jeder Gesellschafter die an seinem Domicil vorzunehmenden Geschäfte zu besorgen hat, sind Gewinn und Verlust nach der Zahl der Gesellschafter zu vertheilen und die Einlagen zu verzinsen; eine besondere Vergütung für die Thätigkeit des einen oder andern Gesellschafters (Provision) findet in der Regel nicht statt. Dr. Wolffson c. Meyer & Bartels. H. G. No. 62 . . 31. 241

Societät. Stiller Associé. Gerirt ein solcher sich Geschäftsfreunden gegenüber als offener Socius, so haftet er dadurch diesen, aber auch nur diesen gegenüber als solcher. Cur. bon. Brücher c. Hofmeister. H. G. No. 105 47. 372

Societät. Vereinigung mehrerer Kaufleute zu Einem Handelsgeschäfte macht dieselben nach Handelsgebrauch solidarisch verbindlich. Capt. Adams c. Mutzenbecher Söhne. H. G. No. 111 50. 394

Spedition. Die Annahme eines Collo zur sofortigen Beförderung par grande vitesse verpflichtet den Spediteur nicht, falls jeder directe Weg versperrt ist, ohne desfallsige specielle Instruction die Versendung auf einem die Transportkosten wesentlich erhöhenden Umweg zu bewirken. Gompertz c. Mathies & Co. H. G. No. 56 . . . . 29. 225

Stoppage in transitu vide Verfolgungsrecht.

Strafgefangene. Die polizeiliche Beschlagnahme und Zurückhaltung eines an einen Strafgefangenen gerichteten Briefes ist eine Administrativ-, die definitive Confiscation desselben eine strafrichterliche Maßregel. D. G. Dr. Beyer c. Polizeibehörde. N. G. No. 22 35. 276

Straferkenntniß. Ein solches kann aus Rücksichten der Milde so gefaßt werden, daß eine Strafe nur für eine künftige Wiederholung der ungesetzlichen Handlung angedroht wird. Richter c. Polizeibehörde. N. G. No. 27 51. 407

Spolienklage. Dieselbe kann von dem Vermiether nicht gegen den Miether, der Illaten exferirt hat, gebraucht werden. Dieseldorf c. Waitz. Prät. No. 7 . . . . . . 16. 127

Staat. Hat der Staat es contractlich übernommen, einen bisherigen Communalweg zur Staatsstraße zu machen und zu unterhalten, so haben die Betheiligten eine Klage auf Erfüllung dieser Zusagen. Der Landvoigt &c. c. Finanzdeputation. N. G. No. 26 . . 50. 400

Ton, englische. Dieselbe wird nach notorischer Usanz = 2032 ℔ metrischen Gewichtes gerechnet. Eggert c. Egeling & Co. H. G. No. 102 45. 362

Totalverlust. Ein solcher liegt vor, wenn die Mannschaft ein leckes sinkendes Schiff verlassen und wenn keine Anzeichen da sind, daß ein Theil der Ladung geborgen. Dr. Brandis c. Schevnikan. H. G. No. 85 . 38. 301

Ueberliegegeld. Die 14tägige Liegezeit der oberelbischen Schiffer beginnt nicht mit dem Tage an welchem der Schiffer sich meldet, sondern mit dem folgenden Tage. Dr. Wex c. Meyer & Bartels I. H. G. No. 38 . 21. 165

Ueberliegegeld. Dasselbe beträgt nach billigem Ermessen der hamburger Kaufmannschaft für einen oberelbischen Schiffer, der mit zwei Knechten fährt, 3 Thlr. pro Tag. Dr. Wex c. Meier & Bartels II. H. G. No. 39 21. 166

Untersuchung. Der Antrag auf Wiedereröffnung einer solchen ist nach Schluß der Untersuchungsacten bei dem erkennenden Gerichte, nicht bei dem Inquirenten zu stellen. Untersuchungss. c. Gumprecht. O. G. No. 40 44. 347

Verfolgungsrecht des Absenders. Das Verfolgungsrecht des Absenders cessirt erst dann, wenn die Waare in des Falliten wirklichen Gewahrsam, d. h. auf seinen Boden, in seinen Packraum oder in sein Haus, gelangt ist. Dr. Schröder m. n. c. Cur. bon. Knoop. H. G. No. 21 . . . . 11. 84

Verfolgungsrecht des Absenders ist in Hamburg nur dann begründet, wenn die Waare vom Besteller unbezahlt, auch Bezahlung von demselben wegen formeller oder doch materieller Insolvenz nicht zu erlangen und dem etwaigen dritten Inhaber der Connossemente dieses Verhältniß bekannt ist. H. G. 9. 80

Verfolgungsrecht des Absenders. Zu den dasselbe beschränkenden bona fide erworbenen Rechten dritter Personen an der Waare gehört auch das Retentionsrecht, welches der Detentor der schon in das Eigenthum des Destinataires übergegangenen Waaren an denselben wegen ihm an den Destinatair zustehenden Forderungen auszuüben befugt ist. Dr. Schröder m. n. c. Cur. bon. Knoop. H. G. No. 21 11. 84

Verzicht. Ein solcher kann nicht in dem Umstande gefunden werden, daß Jemand um etwas bittet, was er rechtlich fordern darf. Cur. bon. Müller c. Dencker. O. A. G. No. 15 22. 178

Verzicht. Wenn ein Geschäft, das ursprünglich durch einen Agenten unter einer bestimmten Bedingung abgeschlossen war, später ohne diese Bedingung durch directe Correspondenz beider Parteien zur Perfection kommt, so liegt darin ein Verzicht auf die ursprüngliche Bedingung. Eggers c. Pollack & Co. H. G. No. 103 46. 364

Vollmacht. Wer als Generalbevollmächtigter eines Anderen mit Jemanden ein Geschäft abschließt, kann von diesem aus demselben verklagt werden. Proc. Dorn m. n. c. Kallmes m. n. N. G. No. 16 . . . 20. 159
und O. G. No. 28 . . . . 29. 230

No. Seite

Vorschuß. Der Vorschußgeber ist an sich nicht berechtigt, dem Vorschußempfänger die Versicherungskosten des Vorschusses in Rechnung zu setzen. Prüß c. Schiller & Co. H. G. No. 63 . . . . 32. 249

Versperrungsrecht des Vermiethers. Dasselbe ist nur so lange wirksam, als die Illaten sich noch in dem vermietheten Hause befinden. Dieseldorf c. Waitz. R. G. No. 19 23. 184

Wechsel. Eine Urkunde, welche im Uebrigen den Erfordernissen eines Wechsels entspricht, kann nicht als ein solcher betrachtet werden, wenn in derselben die Zahlungspflicht des Schuldners von einer dem Gläubiger nicht schon gesetzlich obliegenden Gegenleistung abhängig gemacht ist. Voß c. Mertens. H. G. No. 32 19. 145

Wechsel. Ein Wechsel, in welchem der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnet, ohne indessen einen vom Orte der Ausstellung abweichenden Zahlungsort anzugeben, ist zwar kein trassirt-eigener Wechsel und demnach nicht als Tratte gültig, besteht aber als eigener Wechsel. Kayser c. Kölling. H. G. No. 85. D. G. No. 47 40. 314
49. 390
Anders H. G. No. 99 . . . . 43. 337

Wechsel. Unter einem domicilirten Wechsel wird ein solcher verstanden, in dem ein vom Wohnort des Bezogenen verschiedener Zahlungsort angegeben, nicht auch ein Wechsel, in dem der Bezogene seinem Accept eine Bemerkung hinzugefügt hat, nach welcher die Zahlung durch ein andres an demselben Orte domicilirtes Handlungshaus erfolgen soll. Dr. Israel c. Vogt & Co. H. G. No. 20 11. 84

Wechsel. Wenn ein Wechsel nach Verfall von einem Indossanten auf dessen Vormann zurückgegangen ist und nun nach erhobenem Proteste Mangels Zahlung jenem ersten Indossanten wieder übergeben wird, so unterliegt dieser neue Begebungsact, auch wenn derselbe nicht mittelst eines neuen, sondern mittelst des früheren nicht durchstrichenen Indossaments vorgenommen worden, der Bestimmung in al. 2 des Art. 16 der A. D. W. O. Dagegen ist diese auf einen Erwerb des Wechsels nach Verfall im Wege des Regresses nicht anwendbar. Dr. Banks c. Hartmann. H. G. No. 78 . 34. 270
s. dagegen D. G. No. 36 . . . . 42. 335

Wechsel-Indossament. Befindet ein solches sich noch unversehrt auf einem bereits gegen den Acceptanten von Seiten des Trassanten geltend gemachten Wechsel, so genügt dasselbe zwar zur Wechsellegitimation des Indossatars; ist jedoch der Wechsel vom Aussteller nach erhobenem Proteste im Regreßwege eingelöst und erst später wieder auf den früheren Indossatar durch ein neues Rechtsgeschäft zurückgekommen, so steht dem Letzteren die Einrede aus der Person des Ersteren entgegen. Dr. Banks c. Hartmann. H. G. No. 80 . . 37. 292
D. G. No. 37 . . . . 42. 336

Wechsel-Indossament. Ein Blanco-Indossament, welches zur Zeit der Protesterhebung zur Legitimirung eines bestimmten Wechselinhabers gedient hat, ist zur weiteren Uebertragung des Wechsels nach levirtem Protest nicht mehr tauglich. (Sog. verbrauchtes Blanco-Indossement). Dr. Noack c. Schönborn. H. G. No. 3 2. 18

Wechsel-Indossament. Ein Blanco-Indossament, welches bereits zur Zeit der Protestlevirung auf dem Wechsel stand, kann nachher zur Uebertragung der Wechselforderung an dieselbe Person wie das erste Mal abermals verwandt werden und ist in solchem Fall nicht als verbraucht anzusehen. H. G. Dr. Gallois c. Kleißen. H. G. No. 40 . . 22. 169

Wechsel-Indossament. Der Blanco-Indossant kann seine vor der Protestlevirung auf den Wechsel gesetzte Unterschrift auch nach der Protesterhebung noch zur Uebertragung der Wechselforderung benutzen. D. G. Dr. Gallois c. Kleißen. H. G. No. 40 22. 169

Wechsel-Indossament. Durchstrichene Indossamente. Aus solchen können keine Einreden gegen das selbstständige Klagerecht des Wechselinhabers hergeleitet werden. Ein im Wege des Regresses in Besitz des Wechsels gekommener Aussteller oder Indossatar hat dem Acceptanten gegenüber das Recht, aber nicht die Pflicht, die späteren Indossamente durchzustreichen. Dr. Banks c. Hartmann. D. G. No. 36 42. 335

Wechsel-Indossament. Ein Advocat, der aus einem Wechsel auf Grund eines bereits verbrauchten Blanco-Indossaments im eigenen Namen geklagt hat, kann diese an sich wegen mangelnder Legitimation unzulässige Klage dadurch aufrecht erhalten, daß er replicando erklärt, als Mandatar der aus dem Wechsel legitimirten Person auftreten zu wollen. Dr. May c. Rumpf. H. G. No. 27 . . . 12. 94

Wechsel. Wenn verabredet ist, daß eine Rechnung mit Drei-Monats-Wechseln auf eine hiesige Firma bezahlt werden solle, so genügt es, solche Wechsel zu offeriren, deren Trassat hier ein kaufmännisches Geschäft betreibt und solvent ist; daß die Wechsel auch discontabel seien, ist nicht erforderlich. Terje Olsen & Co. c. Abrahamson & Co. H. G. No. 57 29. 226

Wechsel. Es ist zulässig, daß einem Wechsel bei seiner Ausstellung ein späteres Datum gegeben werde, um den Verfalltag hinaus zu schieben, und daß derselbe solchergestalt

No. Seite

dem Remittenten überliefert werde; ist aber der Wechsel in Bezug auf das Datum in blanco ausgestellt und so ausgeliefert, so ist es bestritten, ob aus demselben eine wechselmäßige Verbindlichkeit entsteht. Dr. Brahdis & Weinberg & Co. H. G. No. 66 . . 33. 257

Wechsel. Blanco-Wechsel. Wenn es auch bestritten ist, ob aus einem Wechsel, der in Bezug auf das Datum in blanco ausgestellt ist, wechselmäßige Verbindlichkeiten entstehen, so kann ein daraus hervorgehender Mangel des Wechsels doch jedenfalls nicht dem dritten redlichen Besitzer gegenüber geltend gemacht werden. Dr. Heinsen c. Wolffsohn. H. G. No. 100 . 45. 354

Wechsel-Regreß. Der regredirende Indossant braucht die mögliche Einrede der Verjährung nicht schon bei Anstellung der Klage zu berücksichtigen. Ibsen c. Schulz. H. G. No. 33 19. 146

Wechsel-Regreß. Wird ein Wechsel auf einen andern Tag acceptirt, als auf welchen er nach dem Contexte acceptirt werden sollte, so ist zur Regreßnahme stets Protesterhebung an demjenigen Tage nöthig, welcher nach dem Contexte Verfalltag sein sollte. Dr. Heinsen c. S. Israel. H. G. No. 86 . 37. 294

Wechsel. Zinsversprechen in einem Wechsel macht denselben nach Hamburgischer Praxis nicht ungültig. Joseph c. Bloch. H. G. No. 84 38. 300

Wechsel-Unterzeichnung durch Kreuze. Sind solche statt der Namensunterschrift auf einen Wechsel gesetzt, so müssen sie durch eine notarielle durch Paraphirung mit dem Wechsel verbundene Urkunde beglaubigt sein. Dr. Zumbach c. Woesthoff. H. G. No. 79 . 37. 292

Wechsel-Protest. Zur Angabe des Orts genügt eine Angabe darüber, ob im Geschäftslocale oder in der Wohnung, oder ob an einem anderen Orte und unter welchen Umständen daselbst protestirt worden, ohne daß es dabei einer Anführung der Straße und Hausnummer bedarf. Ibsen c. Schulz. H. G. No. 33 19. 146

Wechsel-Protest. Die Frage, ob ein im Ausland zahlbarer Wechsel rechtzeitig protestirt worden, ist nach dem betreffenden ausländischen Recht zu beurtheilen; die Folgen der nicht rechtzeitigen Protesterhebung dagegen nach dem Recht des Orts, wo Regreß genommen wird. Röver c. Behn. H. G. No. 44 24. 185

Wechselverjährung. Zur Unterbrechung derselben ist nur die Behändigung der Klage, nicht auch sofortige Vorlage der Documente, durch welche der Grund der Klage erwiesen werden soll, erforderlich. Dr. Gallois c. Kleißen. H. G. No. 40 . . . . . . 22. 169

Wechsel-Proceß. In solchem ist die Eideszuschiebung unzulässig. Dr. Jacobson c. Polack. H. G. No. 45 . . . . 27. 186

No. Seite

Wechsel. Verwahrung desselben. Wer die acceptirte Prima in Händen hat, ist jedem legitimirten Inhaber der Secunda gegenüber zur Auslieferung jener verpflichtet. Verwahrer eines Wechsels ist derjenige, welchem derselbe vom Trassanten zur Besorgung des Acceptes übergeben ist, auch dann, wenn er denselben einem Dritten in Detention gegeben hat. Dr. G. Herz c. Wright. H. G. No. 116 52. 410

Wucher. Die Bestrafung desselben gehört unter allen Umständen zur Competenz des O. G. Untersuchungss. c. Gumprecht. O. G. No. 40 44. 387

Zahlung. Ist die Bedingung gestellt, daß die Zahlung einer Waare bei Auslieferung der Connossemente erfolgen solle, so treffen den Verkäufer die Folgen einer casuellen Verzögerung der Abnahme durch ein vom Käufer rechtzeitig angenommenes und abgefertigtes Schiff. H. G. Meyer c. Peltzer 2. 16

Zahlung. Zahlungen, welche in Courantgeld zu leisten sind, müssen in Thalern berichtigt werden. Cohn c. Gärtner. H. G. No. 47 25. 194

Zahlung. Ein Schuldner wird auch dann befreit, wenn die Zahlung nicht von ihm selbst geleistet wird, sofern nur die Leistung dessen, was geschuldet war, an den Gläubiger in dieser Absicht geschieht. Dr. Wolffson c. Lohmann. H. G. No. 114. . . 51. 405

Zeitbestimmung. Bei der Verpflichtung, etwas „seiner Zeit" thun zu wollen, ist die Zeit der Erfüllung keineswegs dem Belieben des Verpflichteten anheimgegeben; sondern er muß innerhalb eines modicum tempus erfüllen. Dr. Wex c. Lohmann. H. G. No. 59 29. 228

Zeugniß. Eine Rechtspflicht der Dienstherrschaft, ihren Dienstboten Zeugniß zu geben, giebt es weder nach gemeinem noch nach statutarischem Rechte. Dr. Stammann c. Böck. H. G. No. 100 . . . . 48. 377

Zinsen. Verzugszinsen sind nur von demjenigen zu entrichten, der mit einer Geldzahlung, nicht auch von dem, der mit einer Sachleistung im Verzuge ist. Merck & Co. c. Gebr. Schiller. H. G. No. 48. . . 25. 195

Zinsen. Weder Conventional- noch Verzugszinsen kommen, wenn sie nicht bereits vor der Concurseröffnung fällig geworden sind, der Masse zur Last. Gebr. Behrens c. Ulberg & Cramer und Mitadministratoren. H. G. No. 37 21. 163

Zinsversprechen im Wechsel vide letzteren.

Zwang. Eine vis compulsiva, wie sie zur Begründung des Anspruchs auf Restitution wegen Zwanges erforderlich ist, kann in der Drohung eines Subalternebeamten besonders dann nicht gefunden werden, wenn gegen diese Drohung sofortige Berufung an einen höheren Beamten möglich war. Peters c. Webbe. Prät. No. 10 25. 195

№ 1. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 4. Januar. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Obergericht: Nölting & Co. c. Dr. Trittau. — Oberappellationsgericht: Stolze c. Reuter. — Die Gerichtsbarkeit der Schifferalten. Rechtsfall: Schultz c. Woermann.

Beim Beginne des zweiten Jahrganges der „Gerichts-Zeitung" freuen wir uns, unseren verehrten Abonnenten die Mittheilung machen zu können, daß die Betheiligung des Publikums, sowie namentlich die freundliche Aufnahme, welche unsere Zeitung nicht nur bei den Juristen, sondern auch bei einer größeren Anzahl von Kaufleuten hier in Hamburg gefunden hat, das Fortbestehen unseres Unternehmens gesichert erscheinen läßt. Indem wir hierfür unsern Dank aussprechen, hoffen wir, daß diese Theilnahme an unserer „Gerichts-Zeitung" recht bald eine namentlich auch im Auslande ausgedehnte sein und daß vor allen Dingen auch die active Betheiligung der Herren Juristen an unserem Unternehmen eine bedeutendere sein werde! — Wir wiederholen in dieser Beziehung die bereits beim Beginne unserer Zeitung ausgesprochene Aufforderung zu recht zahlreichen Beiträgen, indem wir die Aufnahme juristischer Aufsätze, namentlich über Hamburgische Tagesfragen, als zweiten Zweck unseres Blattes ansehen. Die Veränderungen, welche in unserer Gesetzgebung nahe bevorstehen, sind so bedeutend, daß der Hamburgische Juristenstand, auch soweit er nicht zu dieser Gesetzgebung speciell mit berufen ist, in dieser Beziehung durch öffentliche Besprechung wohl einen bedeutenderen Einfluß ausüben sollte, als es bis jetzt versucht worden ist! Man möge auch diese Besprechung nicht bis zur fertigen Vorlage der neuen Entwürfe verzögern; es wird vielmehr schon jetzt die Pflicht der Hamburgischen Juristen sein, öffentlich auszusprechen, was dem Einzelnen der Berücksichtigung werth scheint und namentlich auf manche leicht zu beseitigende Mängel hinzuweisen, die jetzt in unserer Gerichts-Organisation fühlbar hervortreten! Wird es denn auch nicht ausbleiben können, daß eine allgemeine öffentliche Besprechung über das Wünschenswerthe bei der Reform unserer Gerichte vielleicht manches überflüssige, weil bereits von den betreffenden Gesetzgebern in Betracht gezogene Material zu Tage fördern wird, so wird doch auch andererseits nicht verkannt werden können, daß die Mitwirkung Vieler unzweifelhaft manche neue und schätzenswerthe Beiträge zu liefern im Stande sein wird, und bei bevorstehender Umgestaltung der Gerichte in diesem Sinne mitzuhelfen und den ihm naturgemäß

in dieser Beziehung zustehenden Einfluß nicht gänzlich aus der Hand zu geben, ist vor allen Dingen Pflicht des Advokatenstandes, zu deren Erfüllung wir mit Freuden den Raum unserer Zeitung stets zur Verfügung stellen werden!

Die Redaction.

Titel und Register zum ersten Jahrgange der „Gerichts-Zeitung" werden den verehrten Abonnenten gegen Ende dieses Monats gratis geliefert werden.

Obergericht.

No. 1.

In Sachen Emil Nölting gegen James Fairweather in Dundee, modo Dr. Trittau m. n. (cf. No. 28 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 78) hat das Obergericht am 20. December erkannt:

da dem Handelsgerichte darin beizustimmen ist, daß die Reciprocität der Auslieferung der in dem betreffenden Lande befindlichen und von dortigen Gläubigern mit Beschlag belegten Activa an eine hiesige Fallitmasse als die Voraussetzung eines gleichen Verfahrens an hiesigem Orte anzusehen, und deshalb von demjenigen, welcher eine Auslieferung hier befindlicher und mit Beschlag belegter Activa an eine fremde Masse fordert, jene Voraussetzung zu erweisen ist; nicht minder darin, daß dieser Beweis in Betreff Schottlands durch die früheren Verhandlungen, deren Benutzung im Beweisverfahren dem Appellanten unbenommen bleibt, nicht hinlänglich geführt ist;

da auch die Einrede der Litispendenz wider die hier gesuchte Sicherheit für einen auswärts verfolgten Anspruch, dessen thatsächliche Befriedigung in ungewisser Aussicht steht, unstatthaft ist,

da ferner der Beweis der Reciprocität nicht durch den Umstand überflüssig gemacht wird, daß es sich im vorliegenden Falle um einen Arrest handelt, der einen Tag nach in Dundee ausgebrochenem Fallissement gelegt worden ist, indem es auch in Betreff solcher Arreste keineswegs feststeht, daß dieselben nach dem Rechte aller Länder zu Gunsten der fremden Concursmasse aufgehoben werden;

da es aber allerdings genügen muß, wenn der zu erbringende Reciprocitäts-Beweis in einer dem concreten Falle genau entsprechenden Weise geführt wird, der Beweissatz aber, wie er vom Handelsgerichte normirt worden ist, über diese Frage hinausgeht,

daß unter Verwerfung der ersten und zweiten Beschwerde das handelsgerichtliche Erkenntniß vom 15. October d. J. in Gemäßheit der dritten Beschwerde dahin abzuändern, daß der m. n. Beklagte, Impetrat, den Beweis:

daß nach dem schottischen, zu Dundee geltenden Rechte ein daselbst von einem Inländer auf dort befindliches Gut seines hamburgischen Schuldners erwirkter Arrest aufgehoben werden müsse, wenn vor dem Tage der Arrestanlage bereits der Concurs über das Vermögen des hamburgischen Schuldners durch das competente hamburgische Gericht eröffnet worden ist,

— den Klägern, Impetranten, Gegenbeweis vorbehältlich — innerhalb zwei Monate nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig sei.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 1.

Ernst Stolze (Dr. Engel) gegen W. F. D. Reuter (Dr. Biesterfeld).

Der mecklenburgische Gutsbesitzer von Harlem ist durch Erkenntniß der Justizkanzlei zu Rostock vom Mai

1859 verpflichtet worden, dem Viehhändler Reuter 100 Orhoft Spiritus gegen Zahlung von Pr. ℛ 1600 als Restes des Kaufpreises, in Hamburg zu liefern, demselben auch die Differenz zwischen dem Marktpreise des Spiritus am ursprünglichen Lieferungstage, dem 16. April 1856, und dem Tage der Lieferung in Hamburg, deren Justification vorbehältlich, zu erstatten. Von Harlem beauftragt den in Hamburg wohnhaften Ernst Stolze, den betreffenden Spiritus dort anzukaufen und dem Reuter gegen Zahlung der Pr. ℛ 1600 auszuliefern, die Differenz zwischen dieser Summe und dem Ankaufspreise ihm, dem von Harlem, zu belasten. Stolze schreibt dagegen dem Reuter am 7. Juni 1859 (in Anl. 4), er könne den Spiritus in Hamburg zu 19½ ℛ kaufen, so daß die 100 Orhoft für Reuter nach Abzug der Spesen einen Verkaufswerth von Pr. ℛ 2340 haben würden; er offerire nun dem Reuter anstatt der Naturallieferung des Spiritus die Bezahlung des Betrages, um welchen obiger Werth des Spiritus die von Reuter noch dafür zu zahlenden Pr. ℛ 1600 übersteige, also Pr. ℛ 740, wogegen Reuter einen „Lieferungsschein der 100 Orhoft, resp. General-Quittung“ auszustellen habe; den von Harlem bitte er, dieses Geschäft geheim zu halten. Auf diese Offerte erwidert Reuter dem Stolze telegraphisch: „Ich nehme die offerirten 740 ℛ Pr. statt des Spiritus von von Harlem an.“ — Bei der nunmehr von Stolze zu leistenden Zahlung der Pr. ℛ 740 entsteht indessen zwischen diesem und Reuter Streit über die Fassung der auszustellenden Quittung, indem Reuter diese dahin ausstellen will, daß er anstatt zu liefernder 100 Orhoft Spiritus, zu 19½ ℛ berechnet, die Summe von Pr. ℛ 740 empfangen, Stolze aber eine Quittung, in welcher sich der Werth des Orhoftes mit 19½ ℛ angegeben findet, nicht annehmen will und eine Abfassung derselben verlangt, welche einfach den Empfang von 740 ℛ anstatt der Naturallieferung von 100 Orhoft Spiritus bescheinigt. — Nachdem Reuter erklärt hat, an die Verabredung mit Stolze nicht mehr gebunden sein zu wollen, falls ihm nicht die 740 ℛ gegen die von ihm angebotene Quittung gezahlt würden; Stolze aber darauf das Geld gegen Ausstellung einer, wie erwähnt abweichenden Quittung notariell offerirt und Reuter den Empfang unter diesen Umständen verweigert hat, sucht Reuter bei der Justizkanzlei zu Rostock gegen Harlem die Vollstreckung des Erkenntnisses nach, welches, wie erwähnt, dem von Harlem die Naturallieferung des Spiritus auferlegt hatte. Von Harlem beruft sich dagegen auf die ihm von Stolze inzwischen mitgetheilte Vereinbarung zwischen diesem und Reuter; es wird indessen sowohl von der Justizkanzlei, wie in zweiter Instanz von dem Oberappellationsgerichte zu Rostock die Execution gegen ihn verfügt, indem die Rostocker Gerichte annehmen, die telegraphische Erklärung des Reuter, welche dahin gegangen sei, die offerirten 740 ℛ statt des Spiritus von von Harlem anzunehmen, habe nicht den Sinn gehabt, den Stolze als Schuldner der 740 ℛ zu acceptiren, sondern sei dahin aufzufassen, daß Reuter sich bereit erklärte, den von Harlem anstatt als Schuldner des Spiritus als Schuldner der 740 ℛ zu behandeln. Nun habe aber von Harlem selbst diese Reuter'sche Erklärung nicht acceptirt und sei somit an seinem Verhältnisse zu Reuter nichts geändert worden. — In Folge dieser Entscheidung hat sich der Gutsbesitzer von Harlem schließlich genöthigt gesehen, da der Preis des Spiritus inzwischen bedeutend gestiegen ist, er auch die Naturallieferung nicht wohl zu beschaffen vermochte, dem Reuter statt derselben die Summe von 1500 ℛ zu offeriren, welche Summe durch Stolze für Rechnung des von Harlem ausbezahlt worden ist. — Jetzt klagt Stolze bei dem Hamburgischen Handelsgerichte gegen Reuter auf Herausgabe der Differenz zwischen den empfangenen 1500 ℛ und den ursprünglich nur zu empfangenden 740 ℛ, sowie auf Erstattung aller entstandenen Kosten, indem er anführt, von Harlem habe ihn, den Kläger, mit einer Naturallieferung beauftragt, und könne von ihm somit den Ersatz des ganzen Schadens verlangen, welcher durch Ausbleiben derselben zur rechten Zeit und dem Verfahren des Reuter entstanden sei; in diese Lage habe ihn aber Reuter widerrechtlich versetzt, indem er durch den geschlossenen Vertrag verpflichtet gewesen sei, gegen Empfang der 740 ℛ seinem Rechte auf Naturallieferung des Spiritus zu entsagen, dennoch aber die Annahme des Geldes verweigert und gegen von Harlem die Execution nachgesucht habe.

Reuter wendet ein: Wolle Stolze aus eigenem Rechte klagen, so werde zunächst geleugnet, daß dieser überall einen Schaden erlitten habe, denn es werde in Abrede gestellt, daß von Harlem den Kläger mit Erfolg auf einen Schadensersatz habe belangen können. Wäre aber dieses auch der Fall, so sei dieser Schaden in keinem Falle vom Beklagten zu verlangen, denn Be-

klagter habe sich nicht geweigert, seiner Zeit den Vertrag zu erfüllen und die 740 ℛ︀ in Empfang zu nehmen, der Kläger sei indessen nicht berechtigt gewesen, die Zahlung gegen Empfang der vom Beklagten angebotenen Quittung zu verweigern und nur gegen eine vorgeschriebene Quittung zu offeriren, und somit sei nicht er, Beklagter, sondern gerade der Kläger contractbrüchig geworden. — Wolle dagegen Stolze hier aus dem Rechte des von Harlem klagen, so stehe demselben zunächst die exceptio rei judicatae entgegen, da das mecklenburgische Gericht einen Vertrag zwischen Harlem und Beklagtem für nicht perfect erklärt habe. — Außerdem stehe die Einrede der abgemachten Sache entgegen, indem Harlem durch Stolze ihm schließlich anstatt des Spiritus 1500 ℛ︀ habe auszahlen lassen und damit diese Sache erledigt sei.

Der Kläger entgegnet: Unzweifelhaft sei er dem von Harlem, welcher ihn mit Naturallieferung des Spiritus beauftragt, verantwortlich geworden, indem er, über sein Mandat hinausgehend, einen von diesem abweichenden Vertrag mit dem Beklagten geschlossen habe; der Schaden also, welcher dem von Harlem daraus entstanden sei, daß Beklagter widerrechtlicher Weise ungeachtet dieses Vertrages den von Harlem weiter in Anspruch genommen habe und demselben schließlich eine bei Weitem höhere Summe abgenöthigt habe, als ihm die Naturallieferung des Spiritus zur Zeit gekostet haben würde, treffe den Kläger und könne, selbst wenn er selbst den von Harlem noch nicht befriedigt habe, vom Beklagten verlangt werden, da dieser durch den mit Kläger abgeschlossenen Vertrag verpflichtet gewesen, gegen Empfang von 740 ℛ︀ ein weiteres Verfahren gegen von Harlem einzustellen. Die Weigerung des Beklagten, seiner Zeit das Geld vom Kläger gegen die von diesem verlangte Quittung anzunehmen, sei durchaus ungerechtfertigt gewesen; die vom Kläger verlangte Quittung sei so abgefaßt gewesen, wie man sie habe verlangen können, Beklagter dagegen habe unbefugter Weise darauf bestanden, die der Zahlung zu Grunde gelegte Berechnung des Oxhoftes zu $19\frac{1}{2}$ ℛ︀ in die Quittung aufzunehmen, und zwar habe Beklagter zu dem Zwecke hierauf bestanden, um die von von Harlem in Folge des Erkenntnisses der Justizkanzlei noch zu verlangende Differenz zwischen dem derzeitigen Marktpreise des Spiritus in Hamburg und dem Preise zur Zeit der ursprünglichen Lieferungspflicht im Jahre 1856 dadurch zu einer höheren zu machen, daß bei einer solchen Quittung der Marktpreis des Spiritus als $19\frac{1}{2}$ ℛ︀ betragend erscheinen würde. Diese Abfassung, welche also dem von Harlem für die noch unentschiedene Frage über die Höhe des noch zu leistenden Interesses erheblich präjudicirt haben würde, habe sich nun Stolze im Interesse seines Mandanten um so weniger gefallen lassen dürfen, als der Marktpreis des Spiritus zur Zeit der offerirten Zahlung der 740 ℛ︀ in Wahrheit nicht $19\frac{1}{2}$ ℛ︀, sondern ein höherer gewesen sei. — Die Einrede der abgeurtheilten Sache sei unstatthaft, da er aus eigenem Rechte klage, das Urtheil der mecklenburgischen Gerichte aber in einem Streite zwischen dem Beklagten und von Harlem ergangen sei. Auch die Einrede der abgemachten Sache sei unbegründet, da die 1500 ℛ︀ nicht für seine, sondern für von Harlem's Rechnung gezahlt seien, auch nicht den Zweck gehabt hätten, die Sache in der Weise zu erledigen, daß eine Regreßpflicht des Beklagten gegen den Kläger hätte ausgeschlossen sein sollen.

Das Handelsgericht (Präses: Herr Dr. Weber; Richter: die Herren Blume und Vogler) erkannte am 9. Mai 1860:

Da dem Kläger, insofern er nicht qua Mandatar des von Harlem, sondern aus eigenen Rechten zu klagen beabsichtigt — obgleich mit der von ihm aufgestellten Behauptung des eigenen Rechtes seine wiederholte Erklärung, daß er bei Ueberschreitung seines Mandates nur im Interesse des Mandanten, von Harlem, habe handeln wollen, einigermaßen in Widerspruch geräth — die exceptio rei judicatae aus der von dem Beklagten wider von Harlem von den Mecklenburgischen Gerichten erstrittenen Sentenz nicht entgegenzustellen ist,

da aber, auch wenn man abweichend von der Ansicht des Rostocker Oberappellationsgerichts sich dafür entscheidet, daß in der telegraphischen Antwort des Beklagten auf das klägerische Antragsschreiben der Anlage 4 eine pure Annahme der klägerischen Offerte enthalten gewesen, doch die Verhandlung zu einer definitiven Perfection nicht gelangte, weil wegen des Inhalts der vom Beklagten auszustellenden Quittung, welche übrigens in der vom Beklagten offerirten Formulirung mit den vom Kläger in Anlage 4 angebotenen Bedingungen völlig übereinstimmend war, — eine so

erhebliche Meinungsverschiedenheit unter den Parteien entstand, daß eine Verständigung nicht erzielt worden,

daß Kläger mit seiner angestellten Klage, unter Verurtheilung in die Proceßkosten, abzuweisen.

Der Kläger legte gegen dieses Erkenntniß beim Obergerichte eine Nichtigkeitsbeschwerde und eventuelle Appellation ein, indem er die erstere auf die Behauptung stützte, daß die Abweisung der Klage aus einem Grunde erfolgt sei, welcher vom Beklagten gar nicht geltend gemacht und also gar nicht Gegenstand der Verhandlung gewesen sei.

Das Obergericht erkannte am 2. Juli 1860:

Da die exceptio rei judicatae vom Erkenntniß a quo mit Recht verworfen worden ist, indem Kläger, der durch seine Offerte vom 7. Juni 1859, sofern dieselbe vom Beklagten acceptirt wurde, sich persönlich dem Beklagten obligirt hatte, und mithin auch gegen den Beklagten ein eigenes Recht auf Erfüllung der proponirten Uebereinkunft erwarb, so daß er die vorliegende Klage, wie von ihm geschehen, im eigenen Namen und aus eigenem Interesse anzustellen befugt war;

da auch die klägerische Offerte vom Beklagten in einer Weise angenommen worden ist, die darüber keinen Zweifel obwalten läßt, daß die zwischen Kläger und Beklagtem geschlossene Uebereinkunft dahin perfect wurde, daß Kläger, wenn er dem Beklagten tempestive 740 Thlr. Pr. Crt. hier in Hamburg zahlte, berechtigt wurde, eine Quittung gleich der von ihm vorgezeichneten zu verlangen, Beklagter aber die Annahme der, ihm gegen Unterzeichnung dieser Quittung tempestive angebotenen, übereinkünftlichen Abfindungssumme verweigert hat, da mithin die Schuld der Nichtausführung der perfect gewordenen Uebereinkunft ausschließlich den Beklagten trifft, und er den Kläger den demselben aus dieser Nichtausführung erweislich erwachsenen Schaden zu ersetzen hat;

da auch die beklagtische Bezugnahme auf die, späterhin zwischen ihm, Beklagten, und Klägern, als Mandatar des von Harlem, getroffene Abmachung die eigenen Interessen des Klägers nicht berührt, weil Kläger bei derselben ausdrücklich nur als Mandatar des von Harlem thätig gewesen ist;

da übrigens die Thatsachen, aus welchen das Erkenntniß a quo den Rechtsgrund für die Abweisung des Klägers entnommen hat, allerdings Gegenstand der processualischen Verhandlung gewesen sind:

daß zwar die klägerische Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen, das Erkenntniß a quo vom 9. Mai d. J. aber auf Grund der klägerischen Appellation wiederum aufzuheben, Beklagter dem Kläger für schadensersatzpflichtig wegen nicht erfüllter Uebereinkunft vom 7/9. Juni 1859 zu erklären, und die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten, zur Entscheidung über die Begründung, und event. über den Umfang der klägerischen Schadensansprüche, unter Compensation der Kosten der Appellations-Instanz, an das Handelsgericht zurück zu verweisen.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte der Beklagte an das Oberappellationsgericht zu Lübeck, welches durch Erkenntniß vom 28. November 1861 die Entscheidung des Obergerichts aufhob und diejenige des Handelsgerichts wiederherstellte.

Die Entscheidungsgründe führen aus: Die Wiederherstellung des Handelsgerichtlichen Erkenntnisses sei aus einem andern Motive, als dem vom Handelsgerichte seiner Entscheidung zu Grunde gelegtem, erfolgt.

Es sei nämlich dem Handelsgerichte darin nicht beizustimmen, daß die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung wegen Mangels des Consenses über den Inhalt der auszustellenden Quittung der Perfection entbehrt habe; dieser Punkt nämlich betreffe nicht den Inhalt des abgeschlossenen Geschäfts, sondern nur dessen Ausführung, und ein Vertrag über ersteren konnte ohne zur Zeit vorliegende Vereinbarung über letztere allerdings perfect werden. Die Beurtheilung der Frage dagegen, welche der Parteien bei den demnächst über die Ausführung des Vertrages entstandenen Streitigkeiten im Rechte gewesen, führe dazu die Weigerung des Klägers, die Zahlung der 740 ℳ anders als gegen eine Quittung, wie er sie dem Beklagten zur Unterzeichnung vorgelegt hatte, statt-finden zu lassen, für unbegründet zu erachten. Die Schadensforderung des Klägers sei also schon aus diesem Grunde unzulässig und komme es mithin auf die weiteren Streitpunkte für die Eventualität einer Ersatzpflicht des Beklagten nicht mehr an.

Die Vereinbarung zwischen den Parteien durch Annahme der klägerischen Offerte mittelst telegraphischer Depesche des Beklagten sei allerdings dahin zu verstehen, daß Beklagter den Vertrag nicht mit dem von Harlem, sondern mit dem Kläger persönlich abgeschlossen habe; die Quittung, welche in diesem Vertrage der Kläger sich ausbedungen, habe ersichtlich den Zweck gehabt, demselben einen Beweis der für von Harlem zu bewerkstelligenden Lieferung zu geben. Die Beurtheilung der Frage, welche Partei diesem Vertrage gemäß ein Recht auf die von ihr verlangte Fassung der Quittung, insoweit diese sich von der gegnerischen Fassung unterschieden, zugestanden habe, hänge von der Entscheidung darüber ab, welcher von zwei Betheiligten, unter denen es im Allgemeinen feststeht, daß über eine unter ihnen zu beschaffende Leistung Quittung zu ertheilen ist, ordentlicher Weise zuerst Anspruch darauf habe, die Urkunde abzufassen, so daß, wenn er eine Quittung vorlege, gegen welche keine erhebliche Einwendungen vorgebracht werden können, der andere Theil dieselbe zulassen müsse. Dieser Punkt sei dahin zu entscheiden, daß im Allgemeinen der Zahlungsempfänger Derjenige sei, welcher zunächst Anwartschaft auf Formulirung der Quittung als einer von ihm auszustellenden Urkunde habe.

Von dieser Entscheidung ausgehend, sei im vorliegenden Falle zu prüfen, ob dem Kläger gegen die vom Beklagten offerirte Fassung der Quittung gegründete Einwendungen zugestanden hätten. Der vom Kläger gegen die beklagtische Formulirung geltend gemachte Grund, daß diese dem von Harlem in Betreff des später zu leistenden Interesses präjudicire, indem die Erwähnung der $19\frac{1}{2}$ Thlr. diesen Werth als derzeitigen Marktpreis des Spiritus hätte erscheinen lasse, sei nun aber ungenügend, denn — abgesehen davon, daß die Annahme der Quittung durch den Kläger, in der beklagtischen Formulirung, dem von Harlem ohne Weiteres gar nicht präjudiciren konnte — sei es auch durchaus unrichtig, daß die Erwähnung des Preises von $19\frac{1}{2}$ Thlr. diesen als Marktpreis hätte erscheinen lassen, die $19\frac{1}{2}$ Thlr. erschienen vielmehr nur als conventionelle Grundlage der Differenzberechnung, welche Grundlage überdies aus der in beiden Fassungen gemeinschaftlich enthaltenen Angabe der Differenz auf 740 Thlr. ohne besondere Anführung sich von selbst ergeben mußte. Die Angabe der $19\frac{1}{2}$ Thlr. war also durchaus nicht geeignet, dem Beklagten, gegenüber von Harlem einen Nachweis des Marktpreises zu verschaffen, viel leichter wäre dieser Nachweis durch den Brief des Stolze zu erbringen gewesen, in welchem dieser dem Beklagten anzeigt, er könne den Spiritus zu $19\frac{1}{2}$ Thlr. ankaufen. Es bleibe also nur noch die Frage übrig, ob etwa der Kläger die Beseitigung des vom Beklagten in die Quittung aufgenommenen Zusatzes als eines überflüssigen und dem vom Kläger mittelst der Quittung zu erreichenden Zwecke hinderlichen, hätte verlangen können. In dieser Hinsicht hätte es der Darlegung eines klägerischen Interesses an dieser Beseitigung bedurft, ein solches sei aber nicht vorhanden, da die Werthangabe des Spiritus mit $19\frac{1}{2}$ Thlr., wie ausgeführt, durchaus irrelevant, weil in der Differenzangabe von 740 Thlr. ohnedies enthalten, also nicht im Stande gewesen sei, dem Kläger oder seinem Mandanten irgend einen Nachtheil zu verursachen.

Die Gerichtsbarkeit der Schifferalten.

(Vergl. No. 5 der „Gerichts-Zeitung“.)

Obersteuermann Schultz gegen C. Woermann als Rheder.

Obersteuermann Schultz war hieselbst für das der Zeit in London liegende Hamburger Schiff „Linda“, Capt. v. Bethen, angemustert worden. In London an Bord gegangen, erzürnte er sich bald mit dem Capitain und erklärte demselben, er sehe sich genöthigt, das Schiff zu verlassen. Dieser ging ohne darauf zu antworten ans Land, und bald darauf verließ auch der Obersteuermann Schultz unter Mitnahme seiner Effecten das Schiff.

Als Schultz später wieder nach Hamburg kam, stellte er sich sofort der Polizeibehörde, die über den Hergang eine Untersuchung eröffnete.

Während diese Untersuchung noch fortdauerte, suchte Schultz durch Vermittelung des Wasserschouts eine Privatausgleichung mit dem Rheder der „Linda“, C. Woermann, herbeizuführen. Diese Vermittelung hatte aber kein Resultat und der Wasserschout verwies die Sache deshalb seiner Instruction gemäß an die Schifferalten. Die Schifferalten erkannten am 7. October:“

Der Kläger, Obersteuermann Hermann Julius Schultz, giebt an, im Mai 1860 hieselbst für das

derzeit in London liegende, von Capt. v. Bethen geführte Hamb. Schiff „Linda" angemustert worden zu sein. Er habe sich demgemäß nach London begeben und sei, daselbst angekommen, sofort an Bord der „Linda" gegangen und in Dienst getreten, worauf, nachdem er neun Tage an Bord gewesen, zwischen ihm und dem Capt. v. Bethen eine Streitigkeit entstanden, bei welcher dieser letztere sich in so beleidigender Weise gegen ihn, den Kläger, ausgesprochen, daß Kläger sofort dem Capt. v. Bethen erklärt habe, er, Kläger, könne und wolle auf keinen Fall unter seinen, des Capitäns, Befehlen die Reise mitmachen, sondern werde von Bord gehen. Kläger habe demgemäß sofort seine Sachen zusammengepackt und sei, da Capt. v. Bethen ihm nicht gesagt zu bleiben, selbigen Tages unter Mitnahme seiner Effecten ans Land gegangen. Capt. v. Bethen sei dabei zwar nicht gegenwärtig gewesen, indem derselbe gleich nach der erwähnten Streitigkeit an's Land gegangen, jedoch sei sein, des Klägers, Abgang vom Schiffe nicht heimlich geschehen, sondern vor den Augen der gesammten Mannschaft um 4 Uhr Nachmittags. Nachdem er sich dann in London neun Wochen vergebens nach einem Hauer umgesehen, habe er auf einem holländischen, nach Pernambuco bestimmten Schiffe Dienst gefunden. Dies Schiff sei auf der Hinreise total verunglückt, worauf Kläger zunächst nach Pernambuco, von da nach New-Orleans und von diesem Platze mit einem Bremer Schiffe nach Bremerhaven gekommen und von dort hierher zurückgekehrt sei. Vor nun etwa sechs Wochen hier angekommen, habe er sich sofort beim Wasserschout gemeldet und eine gütliche Erledigung der Sache und in Ermangelung derselben Aburtheilung derselben durch die Schifferalten verlangt. Er sehe wohl ein, daß es richtiger gewesen sein würde, mit Capt v. Bethen vor den Hamb. Consul zu gehen und dessen Entscheidung anzurufen, allein Kläger sei zu leidenschaftlich erregt gewesen, um ruhiger Erwägung Raum zu geben. Des Vergehens der Desertion sich schuldig gemacht zu haben, stellt Kläger in Abrede, wenigstens habe er sein Verfahren nicht als Desertion angesehen und richtet Kläger demnach seinem Antrag dahin, daß, da Capt. v. Bethen mit dem Schiffe „Linda" gegenwärtig nicht in Hamburg anwesend, der Rheder desselben angehalten werde, die Sache gegen ihn, den Kläger, zu verhandeln, damit solche erledigt werde und er seinem Berufe fernerweitig obliegen könne. — Der auf Anstellung seiner Klage vor die Schifferalten geladene Rheder des Schiffes „Linda", Herr Carl Woermann, vertreten durch seinen Procuristen Fr. Barth, erklärt in Beantwortung der Angaben des Klägers, Capt. v. Bethen habe seiner Zeit den betreffenden Vorfall seinem Rheder, Herrn Woermann, schriftlich gemeldet, auch darüber eine Eintragung in das Schiffsjournal gemacht. Sowohl in dem zu den Acten gebrachten Briefe, als auch in dem ebenfalls zu den Acten gelieferten Schiffsjournal fasse Capt. v. Bethen die Entfernung des Obersteuermann Schultz als Desertion auf. Der Rheder, unter Bewahrung aller Competentien, trage demnach darauf an, gegen den genannten Obersteuermann nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen die Strafe des Desertirens zu erkennen.

Auf Grundlage Art. 17, 21 und 27 der Hamburger Seemanns-Ordnung von 1854 und nach Inbetrachtnahme des zu den Acten gebrachten Schiffsjournals so wie des vom Capt. v. Bethen seinem Rheder geschriebenen, ebenfalls zu den Acten gebrachten Briefes d. d. London, den 23. Mai 1860 erkennen hiernach Schifferalte in dieser Sache für Recht:

Angesehen Art. 27 der Seemanns-Ordnung, wonach die Schiffsbesatzung ausdrücklich darauf hingewiesen, in Fällen, die den Betreffenden dringend erscheinen, die vorläufige Entscheidung des Hamburgischen Consuls anzurufen;

in Erwägung, daß der Obersteuermann H. J. Schultz in Abwesenheit des Capt. v. Bethen ohne Einwilligung und unter Mitnahme seiner Effecten das Schiff verlassen, als dieses bereits segelfertig war, mithin das Fehlen des Obersteuermanns von sehr ernsten Folgen für den Capitain sowohl als die Rhederei hätte sein können;

in Erwägung, daß falls der Obersteuermann in der That der Meinung gewesen, gegen den Capt. v. Bethen Grund zur Beschwerde zu haben, und falls er, um die vorläufige Entscheidung des Consuls anzurufen, etwa nicht umhin gekonnt, ohne Erlaubniß des Capitäns ans Land und zum Consul

zu gehen, doch seine Verpflichtung, in solchem Falle seine Effecten am Bord zu lassen und sofort nach Anmeldung seiner Beschwerde wieder an Bord zurückzukehren, sowohl nach dem Wortlaut des Gesetzes als auch der Natur der Sache nach so klar vorlag, daß wenn man auch die, wie sich aus dem eingebrachten Briefe des Capt. v. Bethen allerdings ergiebt, in der That stattgehabten Mißhelligkeiten zwischen diesem und dem Obersteuermann als Entschuldigung einer gewissen Gereiztheit und diese als Milderungsgrund hinsichtlich der nachfolgenden Entfernung des Obersteuermanns vom Schiffe gelten läßt, die Entfernung selbst doch alle wesentlichen Merkmale des Desertirens behält,

daß der Obersteuermann Hermann Julius Schultz wegen überwiesener Desertion seines Dienstes vom Bord des Hamburger Schiffes „Linda" die Strafe eines sechsmonatlichen Gefängnisses abzubüßen, auch bei Strafe der Pfändung die Kosten dieses Verfahrens mit Crt.-ℳ 36. 8 ß innerhalb 24 Stunden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Erkenntnisses auf dem Bureau des Wasserschouts zu bezahlen schuldig sei.

Hiergegen legte Obersteuermann Schultz (Dr. Banks) die Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Obergericht ein und begründete dieselbe folgendermaßen:

1) hätten die Schifferalten weder jetzt noch früher eine Criminaljurisdiction gehabt, ebenso wenig wie das frühere Admiralitätsgericht, das allerdings mehrfach aber stets vergeblich versucht habe, auch in Criminalsachen zu entscheiden.
2) seien die Schifferalten jedenfalls incompetent, da die Sache bereits vorher bei der Polizei anhängig gewesen.
3) könne kein Criminalerkenntniß ohne Untersuchung, in den Formen und dem Prozeßgange von Civilsachen abgegeben werden.

Das Obergericht requirirte zuvörderst die Acten der bisher bei der Polizei fortgeführten Untersuchung und erkannte am 21. November 1861.

da schon nach Maßgabe des revidirten Reglements des Wasserschouts vom 15. Mai 1786, worauf die Handelsgerichts-Ordnung im 12. Artikel Bezug nimmt, kein Zweifel darüber obwalten kann, daß die daselbst im Art. 13 dem Wesserschout und den Schifferalten für Streitigkeiten zwischen Schiffer und Schiffsvolk beigelegte Competenz lediglich privatrechtliche aus dem Dienstverhältniß entspringende Streitigkeiten, sowie mittelst Privatstrafen im Disciplinarwege zu ahndende Dienstvergehen zum Gegenstande hat, wogegen eine Criminal-Gerichtsbarkeit, verbunden mit der Erkennung öffentlicher Strafen, diesen Behörden niemals zuständig gewesen, wie denn auch daselbst § 14 die Befugniß des Schouts in Criminalfällen auf die Arretirung und Ablieferung der Verbrecher in des Herrn Praetoris Hände ausdrücklich beschränkt ist;

da daran auch die neuere Gesetzgebung nichts geändert hat, vielmehr, wenn man die Desertion auch früher weniger scharf angesehen und im Disciplinarwege mittelst Privatstrafen geahndet haben mag, nach Maßgabe § 17 der revidirten Seemanns-Ordnung vom 2. Aug. 1854 völlig unzweifelhaft ist, daß die Desertion eine criminell strafbare Handlung, welche mit längerer Freiheitsstrafe, unter Umständen sogar mit Zuchthausstrafe bedroht ist, auch die, nach § 8 des revidirten Reglements des Wasserschouts vom 2. Aug. 1854 von dem Polizeiherrn zu erkennende Gefängnißstrafe mit der vorstehenden Auffassung im vollständigen Einklange steht, und keineswegs als eine Ausnahme erscheint;

da, wenn demnach im vorliegenden Falle von den Schifferalten wegen Desertion auf eine sechsmonatliche Gefängnißstrafe erkannt worden, solches Erkenntniß, sowohl wegen wesentlichen Mangels in Hinsicht der Gerichtspersonen, als auch des Verfahrens, indem eine Criminalsache im Wege vorgängiger Untersuchung ordnungsmäßig zu instruiren war, für nichtig zu erachten ist;

daß das Erkenntniß der Schifferalten a quo vom 7/17. October d. J., als nichtig wieder aufzuheben.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 2. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 11. Januar.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Knauth c. Tesdorpf & Sohn. — Brödermann c. Bolten. — Dr. Noack c. Schörnborn. — Meyer c. Peltzer.

Handelsgericht.

No. 1.

Dr. J. C. Knauth nomine Capt. Caulkins, vom Schiffe „Centurion“, modo Dr. F. Sieveking subst. nom. des Ersteren

gegen

F. J. Tesdorpf & Sohn (Dr. des Arts), sowie gegen Schiffer Friedrich Behrmann vom Leichterschiffe Süd-Osten, Litisdenunciaten (Dr. Cropp).

Der Kläger verlangt die Bezahlung von Bco.ℳ 2295. 6 ß und 172. 8 ß für Fracht.

Die Beklagten entgegnen: Es seien von der Frachtrechnung bereits drei kleinere Pöste von Bco.ℳ 147. 4 ß, Bco.ℳ 11. und Bco.ℳ 98. bezahlt. Hauptsächlich aber opponiren sie eine Schadensforderung von Bco.ℳ 1065. 1 ß. Der Capitain habe nämlich ohne vorherige Anzeige an sie und ohne anderen Grund als behufs schnellerer Expedition des Schiffes hier im Hafen, die für sie bestimmten 50 Fässer Pottasche in einen Leichter geladen (und zwar am Sonntag, den 3. Juli 1859), während sie ihre Schuten bereit gehabt hätten, die auch am Montag Morgen zum Empfange am Platz gewesen seien. Der Leichter habe einen Leck bekommen, der die Beschädigung der Pottasche durch Nässe herbeigeführt habe. Sie hätten die beschädigten (33) Fässer durch vom Commercium ernannte Sachverständige besichtigen und taxiren lassen, und — da die Pottasche in beschädigtem Zustande nicht conservirt werden konnte — in öffentlicher Auction verkaufen lassen. Ihr Schade stelle sich unter Zugrundelegung des Börsenpreises auf die obengenannte Summe; eine Berechnung nach der Factura würde eine noch größere Summe ergeben haben.

Der Kläger replicirt: Die Verklarung ergebe, daß die Waare gesund angekommen und erst im Leichter beschädigt worden sei. Die Beklagten hätten aber ihre Ansprüche wegen dieser Beschädigung dadurch verwirkt, daß sie die Waare einseitig, ohne Zuziehung des Schiffers und Leichterschiffers hätten besichtigen und verkaufen lassen. Ferner aber habe der Capitain nicht für den Schaden aufzukommen; der Schiffer sei nämlich befugt, dann einen Leichter anzunehmen, wenn dies ein im Löschhafen gewöhnliches Verfahren sei, und sei es hier bekanntlich usuell, daß bei größeren Schiffen, die mit einer Ladung Stückgüter ankämen, die Ladung theilweise in Leichtern übergelöscht werde, da es sonst z. B. am letzten Liegetage unmöglich sein würde, die einzelnen Ladungsempfänger zu befriedigen. Diese Usanz sei auch eine rationelle und treffe somit den Capitain, welcher derselben gefolgt sei, kein Vorwurf. Derselbe habe

auch nach hamburgischem Rechte nicht für den Leichter aufzukommen. Der Schiffer habe nämlich in Betreff der Leichter — dieselben seien bekanntlich obrigkeitlich concessionirt — keine freie Wahl, würde aber auch im entgegengesetzten Falle nur für culpa in eligendo haften, die aber auch nicht vorliege, da eben ein solcher concessionirter Leichter genommen sei. Die Verordnung vom Jahre 1786, welche ursprünglich wohl nur von dem eigentlichen Ableichtern auf der Unterelbe rede, jedenfalls aber hier analog anzuwenden sei, mache Jeden von Beiden, Capitain und Leichter, separat verantwortlich. Es genüge demnach, wenn der Erstere Bescheinigung des Letzteren beibringe, daß dieser die Waare gesund empfangen habe. Dies aber ergebe die Verklarung des Leichters, die er producire. Er erkläre sich übrigens bereit, den Beklagten jure cessa gegen den Leichter zu ertheilen und behalte sich die weitere Einlassung vor, falls das Gericht annehme, daß er denselben zu vertreten habe.

Die Beklagten dupliciren: Die Taxation und der Verkauf der beschädigten Waare — welcher letztere schleunig zu beschaffen war — sei in der hier üblichen Weise geschehen; eventuell behielten sie sich bessere Justification des Schadens vor. Der Capitain, welcher die Waare, ohne den zum Empfang bereiten Beklagten Anzeige zu machen, lediglich zu seiner Bequemlichkeit in Leichter geladen habe, müsse für den im letzteren entstandenen Schaden aufkommen. Die Verordnung von 1786 passe nicht hierher, da sie sich nicht auf Ableichterungen im Hafen beziehe.

Erkannt am 29. August 1859 (Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Hrn. Behn und Nölting):

daß die Beklagten das Liquidum von Bco.ℋ 1146. 9 ß sammt Zinsen vom Klagetage an in dreimal 24 Stunden s. p. execut. dem m. n. Kläger gegen Caution für Kosten und Fortsetzung des Rechtsstreits zur Summe von Bco.ℋ 100. zu bezahlen, in Entstehung der Caution aber deren Betrag, sowie ferner die Summe von Bco.ℋ 1065. 1 ß in gleicher Frist ad depositum judiciale zu bringen, und bleiben für jetzt dem m. n. Kläger Gerechtsame reservirt, falls er die zufolge Anlagen A—C geleisteten Zahlungen von Bco.ℋ 98., Bco.ℋ 147. 4 ß und Bco.ℋ 11. anzufechten gesonnen sein sollte,

und in der Sache selbst:

da zwar der Schiffer, welcher Stückgüter geladen hat, behufs prompter Ablieferung derselben an die verschiedenen Empfänger befugt zu erachten ist, die Ladung in Leichter aufzulegen, derselbe aber, so lange ihm nicht von dem Leichterschiffer oder Ewerführer, der die Waare vom Bord holt, eine Quittung über dieselbe ausgestellt worden, für den von ihm angenommenen Leichter haftet, wie er überhaupt für Personen, deren er sich bei Ausführung des von ihm übernommenen Transportes bedient, verantwortlich ist, und für Verlust oder Beschädigung der Ladung aufzukommen hat, sofern er nicht beweist, daß dieselben durch äußere, von ihm nicht zu prästirende Unfälle entstanden sind, oder durch innern Verderb oder äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung,

daß Kläger in nächster Audienz nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses s. p. contumaciae vollständig zu repliciren schuldig.

Und bleiben den Parteien wegen mehrerer Justification des entstandenen Schadens, namentlich auch nach Maaßgabe handelsgerichtlicher Entscheidung in Sachen Gehrckens c. Philipp & Speyer vom 6. December 1851, sofern die Anzeige an den Kläger über den Verkauf der Waare unterblieb, für jetzt competentia vorbehalten.

Auf klägerische Appellation erkannte das Obergericht am 14. October 1859:

Da nach Maaßgabe der in dieser Beziehung unangefochtenen handelsgerichtlichen Entscheidung die Befugniß des Schiffers, die Ladung in Leichter aufzulegen, nicht ferner in Frage gestellt werden kann; unter dieser Voraussetzung aber der Schiffer, der sich bei dem hier fraglichen Unfalle keinerlei culpa hat zu Schulden kommen lassen, vielmehr, ausweise der von dem Leichterschiffer belegten Verklarung, die Waare trocken und in gutem Stande an den Leichter überliefert hat, für Verlust oder Beschädigung nicht weiter verantwortlich gemacht werden kann;

da auch die in den §§ 8 und 11 der Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk d. 27. März 1786 vor-

geschriebene Quittung durch die von dem Leichterschiffer in der Verklarung niedergelegte Erklärung über den Empfang der Waare in trockener und guter Beschaffenheit, vollständig ersetzt wird; demnach die Beklagten von dem Schiffer nichts weiter beanspruchen können, als daß ihnen dessen etwaige Rechte gegen den Leichterschiffer cedirt werden:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo de 29. August d. J. wieder aufzuheben, die beklagtischen Schadensansprüche gegen den Capitain zu verwerfen, demnach Beklagte schuldig seien, die eingeklagten Bco.ℳ 2467. 14 ß, abzüglich der zufolge Anlagen A — C geleisteten, klägerischerseits nicht bestrittenen Zahlungen von Bco.ℳ 98., Bco.ℳ 147. 4 ß und Bco.ℳ 11., mit Bco.ℳ 2211. 10 ß, nebst Zinsen vom Klagetage an, gegen klägerischerseits zu ertheilende jura cessa gegen die Leichterschiffer, innerhalb 8 Tagen s. p. exec. an den m. n. Kläger zu bezahlen.

Auf beklagtische Appellation hob sodann das Oberappellationsgericht den 18. Juli 1861 das Erkenntniß des Obergerichts wieder auf und stellte dasjenige des Handelsgerichts wieder her.

Das Oberappellationsgericht stützt seine Entscheidung darauf, daß den Schiffer beim Löschen die Verantwortlichkeit für den zur Auflegung der Waaren angenommenen Leichter treffe. Diesen Satz begründet es folgendermaßen:

Zunächst sei das Gegentheil dieses Rechtssatzes nicht etwa für den vorliegenden Fall (wie die Kläger meinten) durch conforme Entscheidung zweier Instanzen festgestellt, da abgesehen davon, ob der desfallsige Ausspruch des handelsgerichtlichen Erkenntnisses als Element der Entscheidung oder als bloßer Entscheidungsgrund anzusehen sei, jedenfalls in dem obergerichtlichen Urtheil eine ausdrückliche Billigung des vom Handelsgerichte angenommenen Rechtssatzes fehle. Ebensowenig stehe dieser letztere — wie das Obergericht annehme — deshalb rechtskräftig fest, weil er von Seiten der Beklagten nicht angefochten worden sei; denn unbestrittenermaßen sei eine Partei, welche zur Erreichung desselben Zweckes verschiedene Vertheidigungsmittel gebraucht habe, deren eins bei dem ersten Richter Anerkennung gefunden habe, während die übrigen verworfen worden seien, nicht verpflichtet, desfalls selbstständig zu appelliren, und könne dieselbe daher, wenn das in erster Instanz anerkannte Vertheidigungsmoment in zweiter Instanz eine entgegengesetzte Beurtheilung finde, in dritter Instanz auf die in der ersten verworfenen Vertheidigungsmomente zurückkommen, insoweit dieselben nicht etwa in zweiter Instanz ihrem Inhalte nach ebenso wie in der ersten beurtheilt worden seien.

Es sei demnach der von dem Handelsgerichte befolgte Rechtssatz seinem Inhalte nach von Neuem zu prüfen. Hierbei nun müsse man davon ausgehen, daß der Frachtvertrag den Schiffer verpflichte, die Waare in einem der Empfangnahme entsprechenden Zustand dem Destinatär auszuliefern, und daß er sich hievon nur durch den Beweis einer Behinderung durch höhere Gewalt befreien könne. Der Schiffer habe also nur dann die Befugniß, die Waare in ein anderes Schiff überzuladen, wenn er durch höhere Gewalt, z. B. wegen Tiefgang des Schiffes, dazu gezwungen sei.

cf. Erk. des O.-A.-G. in S. H. Arnold Lippert & Co. gegen Zepke vom Kahn Bubach vom 18. December 1837.

Ein derartiger Fall der Nothwendigkeit liege jedoch alsdann nicht vor, wenn der Schiffer zum Zwecke der Beschleunigung des Löschens oder aus sonstigen Zweckmäßigkeitsgründen sich veranlaßt gefunden habe, die Waare in einen Leichter aufzulegen, aus welchem sie von dem Destinatär abgeholt werden könne. Der Schiffer habe vielmehr die Verpflichtung, im Falle einer Stückgüterversendung den Empfängern Anzeige zu machen, wenn beim Ausladen die Reihe an die erwähnten Güter komme, und erst dann, wenn sich in Folge dieser Aufforderung Niemand melde, habe er das Recht, die Waare an demjenigen Orte niederzulegen, wo sie in solchen Fällen den Localgebräuchen gemäß aufbewahrt zu werden pflege. Habe daher der Schiffer im vorliegenden Falle die Waare, ohne weitere Anzeige an den Destinatär, in einen, wenn gleich obrigkeitlich concessionirten Leichter gelegt, so habe er dies auf seine Gefahr gethan, von deren Tragung er auch dann nicht befreit sei, wenn das gleiche Verfahren in ähnlichen Fällen vielfach beobachtet werden sollte. Zur Unterstützung dieser Auffassung diene auch, daß bei Dampf- und Packetschiffen die Berechtigung zum sofortigen Auf-

legen in Leichter nicht selten besonders ausbedungen zu werden pflege.

cf. Neues Archiv für Handelsrecht Bd. II. S. 368 bis 370.

Aus dem Gesagten erhelle auch, daß von einer Anwendung der Verordnung vom 23./27. März 1786 nicht die Rede sein könne.

Endlich sei noch die Berufung der Kläger darauf, daß die Waare von dem Beklagten ohne Zuziehung des Schiffers verkauft worden sei, zurückzuweisen. Gemeinrechtlich existire ein Rechtssatz, welcher in diesem Falle den Destinatär seiner Schadensansprüche verlustig mache, nicht, wenn auch natürlich dem Schiffer bei der Liquidation alle Einwendungen vorzubehalten seien. Wenn daher auch die Zuziehung des Schiffers Observanz sei, so würde dennoch das Unterlassen derselben die obige Folge nicht haben.

In Folge dieses Erkenntnisses vervollständigte der Kläger seine Replik, indem er, unter Berufung auf die Verklarung des Leichters, hauptsächlich den Nachweis zu führen suchte, daß die Beschädigung durch casus entstanden sei. Er opponirte ferner, daß dieselbe anders als durch einseitigen Auctionsverkauf hätte constatirt werden müssen, sowie daß die gegnerische Berechnung des Schadens nicht zulässig sei, indem dieselbe namentlich nicht unter Zugrundelegung des Börsenpreises, sondern der Factura hätte aufgemacht werden müssen.

Der Leichterschiffer Behrmann sucht als Litisdenunciat gleichfalls durch Verklarung, Journal und durch Berufung auf sein (alljährlich zu erneuerndes) Patent als Leichter nachzuweisen, daß die Beschädigung der Waaren ohne seine Schuld entstanden sei.

Die Beklagten bemerken duplicando: das Ober-App.-Gericht habe sich dahin ausgesprochen, daß der Schiffer sich zu exculpiren habe; derselbe müsse demnach beweisen, daß der Schaden, welchen die Waare im Leichter getroffen habe, dieselbe auch im Schiffe getroffen haben würde. Uebrigens liege auch der Beweis des casus für den Leichter nicht vor. Derselbe habe im Hafen und — ausweise der Verklarung, ohne daß irgend ein besonderer äußerer Umstand eingetreten wäre, — einen Leck bekommen. Dies sei nur durch Ueberladung oder Untauglichkeit des Leichters erklärlich. Die Constatirung des Schadens betreffend, so sei dieselbe nicht zu beanstanden, da Besichtigung und Verkauf durch unparteiische Makler stattgefunden habe.

Das Handelsgericht, Präses: Herr Dr. Versmann; Richter: die Herren Vogler und Krönig, erkannte am 19. December 1861:

da das oberappellationsgerichtliche Erkenntniß vom 18. Juli d. J., obgleich dasselbe sich in seinem decisiven Theile auf Wiederherstellung des handelsgerichtlichen, lediglich die Vervollständigung der Replik anordnenden Erkenntnisses vom 29. Aug. 1859 beschränkt, doch in seinen Entscheidungsgründen nicht nur eine von der handelsgerichtlichen durchaus verschiedene rechtliche Auffassung des fraglichen Verhältnisses entwickelt, sondern auch auf Grund derselben den Ausspruch thut, daß den Schiffer die Verantwortlichkeit für den zur Auflegung der Waaren angenommenen Leichter treffe,

da dieser Ausspruch, durch welchen die in dem ersten Erkenntnisse enthaltene rechtliche Beurtheilung des Falles beseitigt wird, der ferneren Entscheiduug um so mehr zu Grunde zu legen ist, als es unmöglich die Ansicht der höchsten Instanz sein konnte, die eingehend erörterte Rechtsfrage der Beurtheilung und Entscheidung in den verschiedenen Instanzen von Neuem zu unterwerfen,

da hiernach die Schadensersatzpflicht des Klägers, welcher auch in seiner vervollständigten Replik Nichts beigebracht hat, was zu einem andern Resultate führen könnte, als feststehend zu betrachten, also nur noch über die Justification des Schadens zu erkennen ist,

da aber auch dann, wenn diese Auffassung der rechtskräftigen Sachlage eine irrige und vielmehr jetzt erst in der Sache zu entscheiden sein sollte, diese Entscheidung ebenfalls nur dahin würde ausfallen können, daß der Schiffer, welcher die Waare hier in einen Leichter löscht, ohne einen andern Grund als seine eigene Convenienz dafür geltend machen zu können, ohne Weiteres für einen Schaden verantwortlich zu erachten ist, welchen die Waare im Leichter erlitten hat, während dieselbe

von diesem Schaden im Schiffe ersichtlich nicht betroffen sein würde,

da, betreffend die Justification und die Berechnung des vom Kläger zu erstattenden Schadens, in ersterer Beziehung Nichts vorgebracht worden, was es im vorliegenden Falle unzulässig erscheinen ließe, das Ergebniß des bereits acht Tage nach der Löschung durch beeidigte vom Commercium dazu ernannte Makler beschafften öffentlichen Verkaufes der Waare als maßgebend anzuerkennen,

während die Berechnung des Schadens auf Grund der Factura und der zu producirenden Verkaufs-Rechnung, wie bei der Versicherung auf nicht taxirte Policen zu erfolgen hat,

daß der Kläger nach diesem Maaßstabe für schadenersatzpflichtig zu erklären, die Beklagten aber vorgängig eine demnächst aufgemachte Schadensberechnung nebst der bisher nicht producirten Verkaufsrechnung innerhalb 14 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses beizubringen haben.

No. 2.

Erste Kammer. Audienz vom 6. Januar 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Helmcke und Mutzenbecher.

A. F. Brödermann, als Correspondent der Charterer des Schiffes „Canova", Hamel & Co. in Havana, (Dr. Loehr) gegen A. Bolten, Wm. Miller's Nachfolger, noie. Capt. Emerson, Schiff „Canova" (Dr. Sieveking).

Hamel & Co. in Havana haben das Schiff Canova, Capt. Emerson, gechartert. In Betreff der Chartepartiefracht ist bestimmt worden: „freight to be paid in good and approved bills at usance on London or in cash equal thereto, at Captains opinion". Die für Rechnung der Charterer gehende Connossementsfracht ist von dem Capitain in Hamburg, wohin das Schiff schließlich bestimmt wurde, eincassirt worden, und hat derselbe demnach den Ueberschuß derselben über die Chartepartiefracht (deren Betrag er für den Rheder abzieht) den Charterern auszukehren. Dieser Ueberschuß beträgt nach der Berechnung des Capitains Bco.℔ 34. 2 ß (die bereits gezahlt sind), nach derjenigen der Kläger Bco.℔ 159. 11 ß, und fordern die Letzteren nunmehr die Differenz von Bco.℔ 125. 9 ß.

Der Beklagte erwidert: Die zwischen ihm und dem Kläger obwaltende Differenz sei folgende: Kläger verstehe unter dem in der Chartepartie vorkommenden Passus: „freight to be paid in good and approved bills at usance on London or in cash equal thereto, at Captains opinion" 60 Tage Sicht-Wechsel. Das sei unrichtig. Derartig stipulirte Fracht müsse vielmehr, falls nicht comptant, in kurzen Wechseln auf London bezahlt werden. Dies habe der Capitain verlangt, Kläger statt dessen jedoch nur den kurzen Cours berechnet, wodurch der Capitain, da man notorisch solche Wechsel $1\frac{1}{4}$ — $1\frac{1}{2}$ ß höher, als sie officiell in den Coursblättern notirt würden, verwerthen könne, den hier streitigen Betrag eingebüßt habe. Er sei daher berechtigt, die Differenz zwischen dem Werth kurzer Wechsel und dem ihm berechneten kurzen Course zu beanspruchen.

Der Kläger replicirt: Unter „bills at usance" seien keineswegs kurze Wechsel, sondern Uso-Wechsel, welche in Deutschland allerdings nicht mehr vorkämen, in Spanien und den spanischen Colonieen aber sehr gebräuchlich seien, zu verstehen. Da die Chartepartie aber in Havana ausgestellt sei, so müsse man unter „bills at usance" das verstehen, was dort darunter verstanden werde, das sei: zwei Monat-Wechsel. Im vorliegenden Falle seien die kurzen Wechsel, als die Fracht fällig war, zu 13. $7\frac{3}{8}$. notirt gewesen. Dieser Cours sei dem Capitain angeboten und damit demselben Genüge geschehen. Eventuell habe der Capitain zu beweisen, daß die fraglichen Worte kurze Wechsel auf London bedeuteten.

Der Beklagte duplicirt: Für die Frage, welche Bedeutung den Worten „bills at usance" beizulegen sei, sei nicht entscheidend, was man in Havana darunter verstehe, sondern vielmehr, wie bereits früher vom Handelsgericht entschieden, was an dem Orte, wo die Fracht bezahlt werden solle, also hier in Hamburg, darunter verstanden werde. Er leugne übrigens auch, daß in Havana unter „bills at usance" Uso-Wechsel verstanden würden, sowie, daß dort Uso-Wechsel 60 Tage-Wechsel seien. Hier werde die Bestimmung „bills at

usance“ so aufgefaßt, daß die Fracht entweder comptant oder in kurzen Wechseln bezahlt werden müsse.

Erkannt:

Da dem Kläger nicht darin beigepflichtet werden kann, daß mit den in der Charteparttie gebrauchten Worten „bills at usance on London“ Wechsel gemeint seien, wie solche usancemäßig von Havana auf London gezogen werden, weil für die Art und Weise, in welcher die Fracht zu bezahlen ist, falls nicht besondere Verabredungen getroffen, die Usancen des Bestimmungs- und Zahlungsortes maßgebend sein müssen;

da aber auch die Interpretation des Beklagten nicht ohne Weiteres als richtig angesehen werden kann, weil am hiesigen Platze zweierlei Wechsel auf London gebräuchlich sind, Wechsel kurzer Sicht und solche 3 Monate dato, und aus den Worten „bills at usance“ nicht zu entnehmen ist, daß damit gerade die kurzen Wechsel gemeint sein sollen;

da ferner eine Usance, der zufolge kurze Wechsel gegeben werden müssen, wenn stipulirt worden, daß die Fracht oder ein Theil derselben überhaupt in Wechseln auf London zu bezahlen sei, nicht existirt;

da auch ein Zurückgehen auf die hiesige Usance, derzufolge die Fracht, wenn nicht etwas Anderes ausgemacht, per comptant bezahlt werden muß, zu keinem, dem Beklagten günstigen Resultate führen würde, weil in solchem Falle der Kläger, wie das vielfach gerichtsseitig ausgesprochen ist, berechtigt gewesen sein würde, die in Pfundsterling stipulirte Fracht per Banco zum notirten kurzen Course zu bezahlen, dieser kurze Cours aber nicht dem Werthe kurzer Wechsel auf London entspricht und nicht angenommen werden kann, daß der Ladungsempfänger dadurch, daß die Zahlung der Fracht in Wechseln auf London stipulirt wurde, mehr belastet werden sollte, als wäre ihm die comptante Zahlung der Fracht auferlegt worden;

da es sich unter solchen Verhältnissen rechtfertigt, die wahrscheinliche Absicht der Contrahenten zu ermitteln und es dafür von Bedeutung erscheint, daß beim Abschlusse der Charteparttie der Bestimmungsort des Schiffes noch fraglich war, und schwerlich angenommen werden kann, daß die Contrahenten die Entscheidung darüber, welche Art Wechsel auf London bei Zahlung der Fracht als bills at usance zu gelten hätten, der Localusance des einen oder des anderen Platzes, je nachdem die Destination des Schiffes ausfallen werde, überlassen wollten, vielmehr angenommen werden darf, daß beide Theile die englischen Usancen im Auge hatten, weil sie die Charteparttie in englischer Sprache und unter Zugrundelegung eines in allen seinen Theilen von englischer Geschäftsweise und englischer Rechtsauffassung zeugenden Formulars abschlossen, die Frachtzahlung in englischem Gelde stipulirten und das Schiff selbst zunächst nach einem Orte Großbritanniens und eventuell nach solchen Häfen destinirten, in welchen die englischen Usancen als bekannt vorausgesetzt werden durften;

da demnach der Capitain Wechsel 3 Monate dato auf London als bills at usance on London zurückzuweisen berechtigt nicht gewesen sein würde, Beklagter also um so weniger ein Recht hat, den ihm vom Kläger vergüteten kurzen Cours als eine ungenügende Solution zu bezeichnen, es sei denn, daß er den Beweis seiner Behauptung erbringen könnte, daß nach einer hieselbst bestehenden Usance als bills at usance on London kurze Wechsel auf London gegeben werden mußten:

> daß Beklagter schuldig sei, die libellirten Bco.ℳ 125. 9 β sammt Zinsen vom Klagetage an und den Kosten dem Kläger innerhalb acht Tagen s. p. executionis zu bezahlen,

er könnte und wollte denn, wie er sodann in gleicher Frist, Klägern Gegenbeweis vorbehältlich, bei Verlust der Beweisführung zu thun schuldig, den Beweis antreten:

> daß nach einer hieselbst bestehenden Usance, wenn in einer Charteparttie, wie die vorliegende, die Berichtigung der Fracht in bills at usance on London stipulirt worden, der Ladungsempfänger gehalten sei, Wechsel kurzer Sicht auf London zu geben,

in welchem Falle sodann weiter erkannt werden soll, wie Rechtens.

No. 3.

Zweite Kammer. Audienz vom 8. Januar 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Schuldt und Stahmer.

Dr. L. Noack, als Wechselinhaber, gegen Carl Schönborn (Dr. Engel).

Kläger verlangt die Bezahlung eines vom Beklagten an eigene Ordre auf Wasnitz in Berlin gezogenen Wechsels von Pr. ℛ 20. 4 Sgr. In dorso des Wechsels befindet sich ein Blanco-Indossament des Ausstellers und unter demselben eine durchstrichene, „A. Flos" unterzeichnete Quittung. Der beiliegende Protest gegen den Acceptanten ist in Berlin auf Requisition eines gewissen A. Flos erhoben worden.

Der Beklagte wendet ein: Da der eingeklagte Wechsel zur Verfallzeit durch A. Flos protestirt worden, dieser also jener Zeit der durch das Blanco-Indossament des Ausstellers legitimirte Inhaber gewesen sei, so sei der Kläger auf Grund des Art. 16 der deutschen Wechselordnung *) zu einer Klage gegen ihn aus dem Wechsel nicht legitimirt. — Eventuell leugne er übrigens die Aechtheit des Indossaments, indem er zur Instruction des Gerichts bemerke, daß er laut zweier Wechsel, welche er producire, eine Forderung an Wasnitz in Berlin habe; er habe nun den eingeklagten Wechsel, welchen er an eigene Ordre gestellt und nicht indossirt habe, einem gewissen Feld gegeben, um den Wasnitz aufzusuchen, Feld aber habe den Wechsel mißbraucht.

Der Kläger erwidert: Aus dem Blanco-Indossament des Beklagten sei er ohne Zweifel zu einer Wechselklage gegen diesen legitimirt; daß Flos den Protest gegen den Aussteller habe erheben lassen, beweise nur, daß Flos seiner Zeit der zur Protesterhebung ermächtigte Inhaber des Wechsels gewesen sei. — Die Aechtheit des Indossaments wolle er beweisen.

Erkannt:

Da sowohl aus dem Wechsel, als aus dem Proteste hervorgeht, daß zur Zeit der Protestlevirung ein gewisser A. Flos der durch das Blanco-Indossament des Beklagten legitimirte Inhaber des eingeklagten Wechsels war, somit der Kläger, welcher den Wechsel nach erhobenem Proteste erworben hat, sich als Inhaber desselben nicht durch Bezugnahme auf jenes verbrauchte beklagtische Indossament legitimiren kann,

vergl. die beiden Abhandlungen über Indossamente nach Verfall von Martin und Rießer im Neuen Archiv für das Handelsrecht II. pag. 181 ff. III. pag. 28 und 61 ff.:

daß Kläger unter Verurtheilung in die Kosten wegen mangelnder Legitimation ad causam abzuweisen sei.

No. 4.

Erste Kammer. Audienz vom 6. Januar 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Vogler und Krönig.

E. Meyer (Dr. Wolffson) gegen H. Pelzer (Dr. Albrecht).

Der Kläger verlangt die Bezahlung von Bco ℳ 5625 für vom Beklagten gekaufte ca. 1000 Tonnen Hafer, welche bis zum 5. November in Mariagerfjord abzunehmen gewesen seien und für deren Empfang das vom Beklagten aufgegebene Schiff daselbst noch nicht angekommen sei, sowie Zinsen seit dem 5. November und Bco ℳ 61. 8 ß für Lagermiethe.

Der Beklagte wendet ein: In der Schlußnote

---

*) Art. 16 der deutschen Wechsel-Ordnung lautet:

„Wenn ein Wechsel indossirt wird, nachdem die für Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmte Frist abgelaufen ist, so erlangt der Indossatar die Rechte aus dem etwa vorhandenen Accepte gegen den Bezogenen und Regreßrechte gegen Diejenigen, welche den Wechsel nach Ablauf dieser Frist indossirt haben.

Ist aber der Wechsel vor dem Indossamente bereits Mangels Zahlung protestirt worden, so hat der Indossatar nur die Rechte seines Indossanten gegen den Acceptanten, den Aussteller und diejenigen, welche den Wechsel bis zur Protesterhebung indossirt haben. Auch ist in einem solchen Falle der Indossant nicht wechselmäßig verpflichtet."

über den Abschluß des fraglichen Geschäfts sei im Gegensatze zu den sonst üblichen Bedingungen ein bestimmter Zahlungstermin absichtlich nicht festgesetzt worden, sondern es sei stipulirt worden, daß die Zahlung erst bei Auslieferung der Connossemente zu geschehen habe, und zwar sei der Grund dieser Stipulation eben derjenige gewesen, daß er, Beklagter, bei der vorgerückten Jahreszeit nicht habe das Risico laufen wollen, über die Waare noch nicht disponiren zu können, während er bei einem bestimmten Zahlungstermine die Zahlung dafür zu leisten gehabt hätte. Er habe unter den hier vorliegenden Bedingungen verschiedene ähnliche Geschäfte abgeschlossen, bei denen nur die Verkäufer sich vorbehalten hätten, die Schiffe selbst zu stellen, um auf diese Weise die Beschaffung der Lieferung mehr in ihrer Hand zu haben. In gleicher Weise sei auch im vorliegenden Falle er damit einverstanden gewesen, daß Kläger seinerseits ein Schiff stelle, wie denn auch Kläger zur Zeit des Abschlusses des Geschäftes mit einem Schiffer in Unterhandlungen gestanden hätte, welche sich später zerschlagen hätten. Nach den vorliegenden Bestimmungen der Schlußnote habe er nur die höchste Diligenz dafür zu prästiren gehabt, daß es dem Verkäufer möglich sei, in den Besitz der Connossemente zu kommen, gegen deren Auslieferung die Zahlung zu geschehen habe; in dieser Beziehung aber habe er durchaus das Seinige gethan, er habe am 17. October ein Schiff gechartert, indessen am 28. October die Nachricht erhalten, daß dasselbe gestrandet sei; darauf habe er sofort ein zweites Schiff engagirt, und zwar mit ausdrücklicher Unterstützung des Klägers, welcher dem Capitain eine besondere Gratification versprochen gehabt habe, allein auch dieses Schiff sei spurlos verschwunden. Ob er unter diesen Umständen verpflichtet sei, noch ein drittes Schiff zu engagiren, wolle er dem Ermessen des Gerichts überlassen; eventuell sei er auch dazu bereit; der gegnerische Anspruch auf Bezahlung der Waare sei indessen zur Zeit jedenfalls unbegründet, auch der Anspruch auf Lagermiethe durchaus ungerechtfertigt.

Der Kläger entgegnet: Nach dem Wortlaute der Schlußnote habe Beklagter die bestimmte Verpflichtung übernommen, die Waare am 5. November abzunehmen; bei rechtzeitiger Annahme eines Schiffes sei sodann dem Beklagten noch eine besondere Frist von vier Wochen zur Abnahme gegeben, nach Ablauf dieser Frist aber sei Beklagter als moroser Schuldner zu behandeln. An dieser beklagtischen ausdrücklichen Verpflichtung zur zeitigen Abnahme der Waare könne die Stipulation über die Leistung der Zahlung nichts ändern, und ob Beklagter das Seinige gethan habe oder nicht, der übernommenen Verbindlichkeit nachzukommen, concernire den Kläger nicht; übrigens habe auch Beklagter das zweite Schiff keinenfalls früh genug gechartert. Nach gegnerischer Auffassung hätte er, Kläger, der Hüter einer Waare sein müssen, über welche er selbst, da er von Anderen gekauft, keine Disposition gehabt hätte. Diese Auffassung sei jedenfalls verkehrt, vielmehr sei er unter den vorliegenden Umständen zu dem geltend gemachten Anspruche berechtigt.

Beklagter führt hiergegen aus, der Kläger confundire offenbar in unzulässiger Weise eine Verzögerung in der Abnahme der Waare und eine Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises.

Erkannt:

Da die Contrahenten beim Abschlusse des vorliegenden Geschäftes von der sonst bei gleichen Geschäften börsenüblichen Stipulirung eines Zahlungstermins für den Fall, daß die Connossemente nicht früher sollten geliefert werden, abstrahirten und ausdrücklich festsetzten, daß erst gezahlt werden solle bei Einlieferung der Connossemente;

da daraus und aus der vom Beklagten aufgestellten und vom Kläger nicht bestrittenen Behauptung, daß er der Aufnahme eines sonst üblichen bestimmten Zahlungstermines in der Schlußnote widersprochen, hervorgeht, daß die Parteien im vorliegenden Falle die Zahlungsverpflichtung des Käufers erst nach erfolgter Verschiffung der Waare eintreten lassen wollten;

da auch die klägerische Bezugnahme auf den § 2 der Usancen und seine Deduction aus demselben dahin, daß vier Wochen nach dem in der Schlußacte festgesetzten Abnahmetermine unter allen Umständen die Folgen des Verzuges und also auch die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des pretii gegen Oblation der Waare (cf. l. 13 § 8 D. de actione emti venditi) einzutreten hätten, die angestellte Klage nicht zu rechtfertigen vermögen, weil durch die ausdrückliche Bedingung in der Schlußnote, daß bezahlt werden solle bei Einlieferung der Connossemente, also erst nach erfolgter Verschiffung, der Kläger offenbar die Folgen einer casuellen Verzögerung der Abnahme durch ein vom Beklagten rechtzeitig angenommenes und abgefertigtes Schiff, soweit dieselben in dem Hinausschieben des Zahlungstermines bestehen, zu tragen übernommen und nicht zu behaupten vermocht hat, daß der Beklagte sich in Bezug auf die ihm obliegende Pflicht, für die Abnahme der Waare durch ein Schiff zu sorgen, Negligenz habe zu Schulden kommen lassen,

daß Kläger mit seiner Klage angebrachtermaßen unter Verurtheilung in die Kosten abzuweisen.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 3. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.
Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 18. Januar. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Heyn & Co. c. Heyn. — Dr. Wolffson c. Meyer. — Obergericht: Lüthgens c. Löning & Kaufmann. — Oberappellationsgericht: Die Untersuchungssache gegen Klaws.

Handelsgericht.

Nr. 5.

Zweite Kammer. Audienz vom 8. Januar 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Schuldt und Stahmer.

Johs. Heyn & Co. (Dr. Wolffson) gegen F. W. Heyn (Dr. Albrecht).

Die Kläger führen aus: Sie hätten am 27. Juli v. J. von dem Beklagten circa 750 Tonnen neues Winter-Rappsaat zu 160 ℛ︁ Hamb. Bco. pr. 24 Tonnen gekauft und die Waare weiter nach Frankreich verkauft. Das zur Verladung derselben von ihnen gecharterte Schiff Johannes, Capt. Möring, habe sich rechtzeitig am Abladeplatz, Wöhrden, eingefunden, die Waare aber habe sich von so geringer Qualität erwiesen, daß sie den Empfang verweigert hätten. Es sei sodann ein neues Geschäft zu Stande gekommen, wonach der Beklagte circa 750 Tonnen Rappsaat ab Wöhrden zu 155 ℛ︁ Bco. liefern sollte; auch diese seien jedoch wegen schlechter Qualität von ihnen refüsirt worden. Der Beklagte habe zwar das von ihnen gecharterte Schiff übernommen, habe aber außerdem den durch die Nichterfüllung des Contracts ihnen verursachten Schaden zu ersetzen. Derselbe belaufe sich laut Abrechnung auf Bco.℔ 1158. 9 ß, worin sie den Beklagten zu verurtheilen bitten.

Der Beklagte erwidert: Er erkenne die klägerische Schadensrechnung nicht an. Das Geschäft sei ursprünglich über 700 Tonnen neues Winter-Rappsaat geschlossen. Da es den Klägern schwer ward, für gerade 700 Tonnen ein Schiff zu bekommen, so wurde die Schlußnote auf „circa 700", und endlich auf Bitte der Käufer auf „700—750 Tonnen" abgeändert. Bei Nichterfüllung des Geschäfts würde die Klage also jedenfalls nur auf 725 Tonnen zu richten sein. Es sei aber überhaupt fraglich, ob von einer erwiesenen Gefälligkeit für eine Schadensrechnung Gebrauch zu machen und nicht vielmehr nur 700 Tonnen derselben zu Grunde zu legen seien. — Die Kläger hätten ursprünglich zum Preise von 160 ℛ︁ gekauft. Dieselben hätten die vorgesetzte Waare aufgeschossen, und seien die Parteien darauf übereingekommen, einen Versuch mit Vorsetzung anderer Waare zu machen. Die Verabredung der Parteien sei nur dahin gegangen, daß Beklagter das Recht haben solle, andere Waare vorzusetzen und, wenn die genüge, 5 ℛ︁ einzubüßen, nicht aber sei, wie die Klage die Sache darstelle, ein neuer

Verkauf zu 155 ℛ geschlossen worden. Auch die zweite Waare sei allerdings refüsirt worden; doch könne es sich nach dem Gesagten für die Berechnung des Schadens wegen Nichterfüllung nur um das ursprüngliche Geschäft zu 160 ℛ, nicht um das zu 155 ℛ handeln. Die Schadensrechnung sei ferner nach einem falschen Principe aufgemacht. Dieselbe beruhe darauf, daß Kläger die Waare zu einem höheren Preise weiterverkauft hätten. Die Frage könne jedoch nur die sein, ob dieselben zur Zeit der Lieferung einen höheren Preis hätten anlegen müssen, um sich zu decken. Er bestreite dies, sowie, daß von den Klägern eine Partie, wie die hier in der Schlußnote verkaufte, nach Frankreich unter denselben Bedingungen verkauft worden sei. — Der Beklagte macht außerdem noch eine Reihe von Monituren gegen die Schadensrechnung, deren hauptsächlichste dahin geht: Er habe das von den Klägern für die Aufnahme der 750 Tonnen gecharterte Schiff übernommen. Dasselbe sei ca. 90 Tonnen größer als 750 Tonnen gewesen. Die Kläger würden daher genöthigt gewesen sein, diese 90 Tonnen gleichfalls zu übernehmen, und dafür 6 ℛ pr. 24 Tonnen über den Marktpreis zu bezahlen, was gleichfalls von der Schadensrechnung abgehen müsse.

Die Kläger repliciren: Von einer Reduction auf 725 oder gar 700 Tonnen könne nicht die Rede sein, da die zweimalige Erhöhung nicht aus Gefälligkeit, sondern im beiderseitigen Interesse geschehen sei. Den Kaufpreis betreffend, so könne nur der des neuen Geschäfts à 155 ℛ in Betracht kommen. Wolle der Beklagte eine Nebenverabredung dahin behaupten, daß er, wenn auch zu 155 ℛ nicht geliefert werden könne, das Recht haben solle, sich auf das alte Geschäft zu berufen, so müsse er dieselbe beweisen. Die Schadensrechnung betreffend, so hätten sie zu ganz ähnlichen Bedingungen an das französische Haus Vair frères, von dem sie einen Brief als Anlage 4 produciren, verkauft. Es sei Sache des Beklagten, zu beweisen, daß sie sich hätten decken können. — Ihre Schadensberechnung halten sie aufrecht. Anlangend das größere Schiff, so bemerken sie, daß Beklagter statt des Schadensersatzes, den das Schiff auf sich gezogen, dasselbe übernommen habe. Daß sie mehr Getreide gekauft und theurer bezahlt haben würden, gehöre zu den bloßen Möglichkeiten, auf welche es nicht ankomme.

Der Beklagte kann sich über die Echtheit des producirten Briefes nicht erklären. Aus demselben sei aber für die Kläger nichts zu entnehmen, da es erstens nicht feststehe, ob nicht, trotz der beklagtischen Nichtlieferung, doch an das französische Haus geliefert sei und ferner die Zahlungsbedingungen ganz andere gewesen seien. — Der etwaige Schaden der Kläger werde dadurch compensirt, daß dieselben nicht nöthig hatten, eine Waare anzunehmen, die ihnen zu dem Marktpreis, der zur Lieferungszeit 154 ℛ gewesen, Schaden gebracht hätte.

Erkannt:

Da das laut Schlußnota vom 27. Juli 1861 abgeschlossene Geschäft, nachdem der Empfang der Waare, wie Beklagter das nicht in Abrede gestellt, von den Klägern mit Recht verweigert worden, seine Erledigung gefunden hatte, eine spätere Vereinbarung der Parteien über die Lieferung einer gleichen Waare zu einem neu stipulirten Preise also so lange als Abschluß eines selbstständigen zweiten Kaufcontractes angesehen werden muß, als Beklagter seine Behauptung nicht bewiesen haben wird, daß er einverstanden gewesen, es solle den Klägern, falls er, Beklagter, auch diesen zweiten Contract zu erfüllen nicht im Stande sein werde, nicht zustehen, aus solcher Nichterfüllung irgend welche Rechte gegen ihn geltend zu machen, für solchen Fall vielmehr nur gestattet sein, ihren etwaigen Schadensansprüchen die Schlußnota vom 27. Juli 1861 zu Grunde zu legen;

da sodann, was das Princip betrifft, nach welchem die klägerischen Schadensansprüche zu formiren sein werden, davon auszugehen ist, daß der contractbrüchige Verkäufer dem Käufer das Interesse zu prästiren, somit demselben den gesammten positiven und negativen Schaden zu ersetzen hat, welcher eine wirkliche Folge seiner Contractbrüchigkeit war, sofern und soweit solcher Schaden nicht durch gehörige Diligenz des Käufers abgewendet werden konnte,

cf. Mommsen zur Lehre vom Interesse pag. 73, 141 und 157. Erkt. des O.-A.-G. in S. Dris. Wolffson c. H. A. Helmrich S. II. pag. 900 ff.;

da somit, im Falle der Käufer die fragliche Waare mit Avance weiter verkauft haben und

nicht im Stande gewesen sein sollte, dieselbe, als sein Verkäufer der ihm obliegenden Lieferungspflicht nicht nachkam, anderweitig contractmäßig anzuschaffen, der ihm dadurch, daß er seinem Käufer nicht liefern konnte, entgangene Gewinn als eine wirkliche Folge der Contractbrüchigkeit des Verkäufers erscheint und somit von demselben zu tragen ist;

da aber Beklagter einmal bestreitet, daß die Kläger die hier fraglichen ca. 750 Tonnen neues Winter-Rappsaat zu dem von ihnen in ihrer Schadensrechnung angegebenen Preise und unter den daselbst angegebenen Bedingungen weiter verkauft hatten, das von den Klägern als Anl. 4 vorgelegte Schreiben von Paix frères, über welches Beklagter sich nur ignorando erklärt hat, allein, selbst wenn dessen Aechtheit nachgewiesen werden könnte, nicht genügt, um den Beweis des bestrittenen Weiterverkaufs zu erbringen, Klägern also in dieser Beziehung der Beweis obliegt;

da dagegen der Einwand des Beklagten, daß Kläger sich die Waare anderweitig hätten verschaffen können, als eine Einrede, und zwar als eine exceptio propriae culpae erscheint, in Folge dessen die Beweislast dem Beklagten zufällt;

da ferner, was das in Berechnung zu bringende Quantum betrifft, die Abänderung der ursprünglich gekauften und verkauften ca. 700 Tonnen in ca. 750 Tonnen umsomehr im Sinne der Kläger aufgefaßt werden muß, als Beklagter nicht bestritten hat, den Auslieferungsschein auf 750 Tonnen ausgestellt zu haben, und somit, wenn überhaupt nach Ansicht der beiderseitigen Schlußnota noch ein Zweifel über die Meinung der Parteien bei deren Abhänderung existiren könnte, des Beklagten eigene Interpretation und deren klägerische Billigung durch die Annahme des Auslieferungsscheins vorliegt:

daß, den Parteien wegen alles sonst Vorgebrachten Gerechtsame vorbehältlich, vorgängig Beklagter salva reprobatione schuldig sei, zu beweisen:

daß beim Abschlusse des zweiten Handels zum Preise von 155 ℛ︀ partes darüber einverstanden gewesen, daß die Kläger, falls Beklagter auch diesen Handel nicht erfüllen würde, nicht berechtigt sein sollten, etwaige Schadensansprüche auf dieses neue Uebereinkommen zu gründen, sondern ihnen vielmehr in solchem Falle nur zustehen solle, die ihnen aus der Schlußnota vom 27. Juli 1861 etwa zuständigen Ansprüche geltend zu machen;

daß ferner Kläger, Beklagtem Gegenbeweis vorbehältlich, schuldig seien, zu beweisen:

daß sie die hier fraglichen ca. 750 Tonnen neues Winterrappsaat zu dem von ihnen in der producirten Schadensrechnung (Anl. 2) angegebenen Preise und zu den daselbst angegeben Bedingungen fest weiter verkauft gehabt haben;

Beklagter aber, hier Klägern Gegenbeweis vorbehältlich:

daß die Kläger, wenn sie mit der ihnen obliegenden Diligenz verfahren wären, im Stande gewesen sein würden, sich die circa 750 Tonnen contractmäßigen Rappsaat ab Wöhrden anderweitig und zwar zu dem Preise von 155 ℛ︀ per Last, oder zu welchem Preise sonst zu verschaffen.

Kläger und Beklagter haben die ihnen auferlegten Beweise innerhalb 8 Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Verlust der Beweisführung anzutreten und soll sodann weiter erkannt werden, wie Rechtens.

No. 6.

Zweite Kammer. Audienz vom 15. Januar 1862.

Präses: Hr. Dr. Sutor; Richter: die Herren Krönig und Schenck.

Dr. J. Wolffson m. n. Löwenthal & Co. in London gegen Conrad Max Meyer (Dr. G. Hertz).

Die Kläger führen aus: Sie hätten von dem Beklagten 75 Sack reinen Saalweizenmehls nach Probe gekauft; von dem gelieferten Mehl seien 25 Sack ohne Fehler gewesen, die andern 50 aber hätten weder der Probe entsprochen, noch die durch die Bezeichnung „reines Saalweizenmehl" versprochene besonders gute

Qualität gehabt. Die Kläger hätten sich sogleich beim Empfang dem Agenten der Beklagten in London, Alberts, angezeigt, daß das Mehl nicht nach Probe ausfalle; aber erst, als dasselbe zum Theil an Bäcker weiterverkauft und zum Brodbacken gebraucht worden, habe es sich herausgestellt, daß es mit unreinen Substanzen vermischt, das daraus fabricirte Brod nach Terpentinöl schmeckend und zu genießbarer Nahrung unverwendbar war. Zum Beweise dafür berufen sich Kläger auf einen vom Royal College of Chimistry nach geschehener Untersuchung des Mehls gethanen Ausspruch (Anl. 2). Die Kläger hätten den Bäckern nun ihren Schaden ersetzen müssen, den Rest des Mehls nur mit Verlust weiter verkauft und dadurch sehr viele Kosten gehabt; sie halten sich daher für berechtigt, von den Beklagten 30 £ Schadensersatz zu verlangen, zumal da der beklagtische Agent Alberts ihnen, als sie noch vor Ankunft des Mehls die für den Betrag des Kaufpreises vom Beklagten auf sie gezogene Tratte acceptirt, die ausdrückliche Zusage gegeben habe, daß der Beklagte jedenfalls Ersatz für etwaige uncontractliche Lieferung leisten würde.

Beklagter erwidert: Es sei einfach nach Probe verkauft und enthalte die Bezeichnung „reines Saalweizenmehl" kein besonderes Versprechen einer ausgezeichneten Qualität. Die Probewidrigkeit des Mehls stelle er in Abrede; übrigens könne dieselbe jetzt, nach stattgehabtem Empfang von Seiten der Kläger, nicht mehr monirt werden, zumal da die Kläger in einem Briefe an den Beklagten ausdrücklich anerkennen, daß demselben ein Vorwurf des Betrugs nicht zu machen sei. Das Versprechen des beklagtischen Agenten Alberts sei nicht so, wie in der Klage behauptet, gegeben worden, sondern nur dahin gegangen, daß Kläger durch die Acceptation des Wechsels nicht präjudicirt werden sollten. Er bitte daher um Abweisung der Klage.

Eventuell sei dieselbe auch deshalb auszusprechen, weil aus der Klage nicht hervorgehe, warum gerade 30 £ gefordert würden. Diese Summe sei ganz willkürlich angesetzt und lasse sich weder aus den Grundsätzen über die actio redhibitoria, noch aus denen über die actio quanti minoris ableiten. Uebrigens wolle er noch anführen, daß möglicherweise das Mehl mit Terpentin oder Photogene in Fässern zusammen in Einem Schiffe verladen worden sei und daher den naphthaartigen Geschmack angenommen habe. Die Versendung des Mehls nach London sei aber auf Rechnung der Kläger geschehen und concernire ihn, den Beklagten, daher durchaus nicht.

Die Kläger erbieten sich zum Beweise dahin, daß die Waare der Probe nicht gemäß gewesen, sowie auch dahin, daß beim Abschluß des Kaufs ein Versprechen besonderer Güte des Mehls geleistet und dieses nicht erfüllt worden sei. Jedoch, auch ohne solches Versprechen hätten die Kläger jedenfalls Recht auf Lieferung einer Waare mittlerer Qualität, eines sogenannten Kaufmannsgutes (Heise, Handelsrecht p. 33); besitze die Waare nicht die Qualitäten, um derentwillen allein sie gekauft worden, so sei eine andere Substanz geliefert und der Käufer nicht verpflichtet, sich solche Lieferung gefallen zu lassen. — Von einem Empfange ohne Monitur von ihrer Seite, wie er jenseits behauptet worden, könne schon deshalb keine Rede sein, weil sie (die Kläger) sofort den beklagtischen Agenten Alberts von der contractwidrigen Qualität der Waare in Kenntniß gesetzt hätten und sich, in Rücksicht auf das erwähnte Versprechen desselben, daß Beklagter für allen Schaden aufkommen wolle, wohl bei dieser formlosen Anzeige beruhigen durften. Sodann aber handle es sich hier um Fehler der Waare, die erst beim Gebrauch entdeckt werden konnten, d. h. um heimliche Mängel. Nach gemeinem Recht sei es unzweifelhaft, daß bei solchen der Empfang ohne Monitur den Käufer nicht präjudicire; die hiesige Praxis sei zwar in diesem Punkte eine Zeit lang schwankend gewesen, das Oberappellationsgericht habe aber zuletzt die richtige Ansicht zur Geltung gebracht.

de Chapeaurouge c. Ballheimer, Sam. I. 5. und 1852 Koopmann c. Graham & Bowden, Sam. II. 641.

Nach diesen Erkenntnissen des O.-A.-Gerichts könne eine entgegengesetzte constante Praxis, wie sie neuerdings in einem handelsgerichtlichen Erkenntniß: Cohn Vaillant & Co. ctr. Heyn & Co.*) behauptet worden sei, nicht angenommen werden. Auch ein Passus des handelsgerichtlichen Erkenntnisses Schwarzbeck & Co. c. Schultz und der Entwurf des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 347 sprächen für die klägerische Ansicht.

---

*) cf. No. 18 der „Gerichts-Zeitung" 1861, Handelsgericht No. 46.

Die Vorkommnisse während der Reise träfen die Kläger nicht, da das Mehl in London zu liefern gewesen. Uebrigens könnten sie auch beweisen, daß die schlechte Qualität des Mehls schon zur Zeit der Lieferung vorhanden gewesen.

Der von den Klägern erlittene Schaden sei weit größer als 30 £ gewesen; ihre Forderung sei also ganz gerechtfertigt, könne jedoch nöthigenfalls auch noch näher justificirt werden.

Erkannt:

da die vom Beklagten den Klägern zugesandten 50 Sack Weizen als probegemäß gebilligt und empfangen angesehen werden müssen, weil die Kläger über dieselben weiter verfügten und ihre daraus resultirende Approbation nicht dadurch beseitigt sein würde, wenn sie auch dem Agenten des Beklagten die angebliche, ganz allgemeine Bemerkung gemacht haben sollten, daß die Waare nicht genau mit der Probe stimme;

da nach dem vom Handelsgerichte bisher befolgten Grundsatze aber nach stattgehabtem mercantilen Empfange etwaige Monituren des Empfängers wegen der Qualität der Waaren, auch wenn solche sich auf sogenannte heimliche Mängel stützen sollten, ausgeschlossen sind;

da ferner bei einem Handel nach Probe in der Benennung allein, welche der Waare gegeben wurde, ein dictum et promissum, welches dem Verkäufer eine weiter gehende Verpflichtung auferlegen könnte, als die, eine der Probe genau entsprechende Waare zu liefern, nicht liegt; es auch dem Verkäufer nicht präjudiciren kann, wenn die probegemäß gelieferte Waare dem Zwecke nicht entsprechen sollte, welchen die Käufer beim Handel über dieselbe im Auge hatten;

da endlich die klägerischerseits behauptete Zusage des Agenten des Beklagten, welche bei Gelegenheit der klägerischen Acceptleistung vor Ankunft der Waare gegeben sein soll, offenbar ihre Erledigung durch den Empfang der Waaren abseiten der Kläger gefunden hat;

daß m. n. Kläger mit seiner Klage abzuweisen und schuldig sei, dem Beklagten die Proceßkosten zu ersetzen.

Obergericht.

No. 2.

In Sachen N. H. Lüthgens gegen Löning und Kaufmann (cf. No. 28 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 77) hat in Folge des von den Beklagten gegen das handelsgerichtliche Erkenntniß eingelegten Rechtsmittels der Appellation das Obergericht am 6. Januar 1862 erkannt:

da dem Erkenntniß a quo darin beizutreten ist, daß die von den Beklagten in allgemeinen Ausdrücken, ohne specielle Angaben, in Bezug genommenen Stipulationen des Reglements der k. k. österr. priv. Staats-Eisenbahn-Gesellschaft in Wien auf den vorliegenden Fall, in welchem die Gerste in Dresden theils ausgeschüttet, theils in Säcken auf den Wassertransport gegeben worden, keine Anwendung finden, das streitige Rechtsverhältniß vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist, und in Aufstellung und Anwendung derselben ebenfalls dem Erkenntniß a quo beigetreten werden muß, und zwar in Betreff des Betrages des Manco um so mehr, als Kläger sich mit Recht auf die in den Anlagen 5, 7 und 9 producirten Recipisse beruft;

da auch die Stipulation des § 10 sub 3 des von dem Kläger zu den Acten gebrachten Reglements, kraft deren vorhandene Defecte bei trockenen Waaren immer nur mit Ausschluß des ersten fehlenden Procentes vergütet werden, aus dem oben angeführten Grunde, und überdies, weil von den Beklagten nicht geltend gemacht, außer Anwendung bleibt;

da aber den Beklagten darin beizupflichten ist, daß das Attest der Makler nicht ohne Weiteres einen formell genügenden Beweis des Marktpreises der fehlenden 9373 ℔ Gerste — von Ende October 1860 und Mitte Februar 1861 — herzustellen vermag:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 12. October 1861 zwar insofern, als es die Beklagten für ersatzpflichtig erklärt:

1. ratione 9373 ℔ Gerste nach dem Markt-

preise, den die Waare hier Ende October gehabt haben würde, sowie rationė der Restituirung der für die fehlende Gerste gezahlten Fracht;

2. ratione der Werthdifferenz an der gelieferten Gerste zwischen Ende October 1860 und Mitte Februar 1861;
3. ratione der Vergütung für Zinsen und Sack-Miethe, welche letztere in Ermangelung specieller beklagtischer Monituren für justificirt zu erachten ist,

zu bestätigen;

sofern es aber die Werthannahme für Ende October 1860 oder Mitte Februar 1861 bereits für hergestellt erklärt, sowie in Betreff des damit connectirenden Zinsen-Betrages — seiner dereinstigen Wiederherstellung unbeschadet — wieder aufzuheben und dem Kläger der, in einem vom Handelsgerichte anzusetzenden Termine, unter Vorbehalt der Mitbedienung des bereits Erbrachten, anzutretende Beweis — Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — aufzuerlegen:

„daß der Marktpreis der, dem Kläger aus den Kähnen der Schiffer Arnold und Zieschke um die Mitte Februar 1861 gelieferten Gerste Ende October 1860 Crt. ℳ (à 3 ℔) 122 (oder wie viel weniger), Mitte Februar 1861 aber nur Crt. ℳ 105 oder wie viel mehr gewesen.“

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 2.

Die Untersuchungssache gegen Eduard Klaws.

Eduard Bahre, der Sohn eines Hamburgischen Bürgers, seit längerer Zeit indessen von Hamburg entfernt, stirbt in Paris mit Hinterlassung eines minorennen Sohnes Arthur, welcher unehelich geboren, später durch subsequens matrimonium (spätere Heirath) legitimirt worden ist, indem Eduard Bahre sich durch einen Bevollmächtigten mit der Mutter des Kindes in Hamburg hat trauen lassen. — Zu Vormündern dieses Sohnes ernennt Eduard Bahre in seinem Testamente den Hoth in Paris und den Eduard Klaws in Hamburg. — Die Hamburgische Vormundschafts-Behörde indessen betrachtet den längere Zeit in Hamburg anwesenden Arthur Bahre als Angehörigen des Hamburgischen Staates und ernennt demgemäß zu Vormündern desselben den vom Vater bestimmten Klaws und den Krautschopp, indem sie den Hoth als nicht in Hamburg domicilirt für ungeeignet erachtet. Nachdem sowohl Klaws als Hoth gegen diese Verfügung vergebliche Einsprache erhoben haben, indem sie namentlich hervorhoben, Eduard Bahre sei Nordamerikanischer Bürger gewesen, sein Sohn gehöre mithin dem Hamburgischen Staate nicht an; verlangt die Vormundschafts-Deputation von Klaws die Ableistung des vormundschaftlichen Eides. Klaws erklärt er habe, wie auch Hoth, vor dem competenten Nordamerikanischen Consul bereits den betreffenden Eid geleistet und weigere sich, denselben vor der nicht competenten Hamburgischen Behörde zu wiederholen. — Die Vormundschafts-Deputation, welche die Eigenschaft des Eduard Bahre als Nordamerikanischer Bürger nicht genügend nachgewiesen erachtet, verwirft nun auch den Klaws in Folge jener Weigerung und bestellt an dessen Stelle Dr. Hachmann zum zweiten Vormunde des Kindes. — Die neu eingesetzten Vormünder verlangen jetzt von Klaws Auskunft über den gegenwärtigen Aufenthaltsort des seit einiger Zeit von Hamburg entfernten Kindes, indem sie behaupten, Klaws habe dasselbe fortgeschafft. Klaws verweigert den seiner Meinung nach unberechtigten Vormündern die gewünschte Auskunft, die Vormünder wenden sich an das Obergericht und die Polizei, welche nun ihrerseits von Klaws den Aufenthaltsort des Kindes zu wissen verlangt; Klaws erklärt, er habe das Kind im Auftrage des verstorbenen Vaters fortgebracht, könne indessen der Hamburgischen Behörde in dieser sie nicht concernirenden Sache keinerlei nähere Auskunft ertheilen. In Folge wiederholter Weigerung wird sodann Klaws verhaftet und auf den Winserbaum geschafft. — Auf Supplication des Klaws an das Obergericht (durch Dr. Antoine-Feill) erkennt dieses am 13. November 1861:

Da in der Weigerung des Klaws, den Vor-

mündern des minorennen Ernst Arthur Bahre, welchen er seiner Angabe nach ohne gesetzliche Befugniß von hier weggebracht hat, über den Aufenthalt ihres Mündels Nachricht zu geben, der Thatbestand einer strafbaren Handlung liegt deren genauerer Hergang durch eine weitere Untersuchung festzustellen ist.

Da die Haft des Klaws während der Dauer dieser Untersuchung sowohl wegen Verdachts der Flucht als der Collusion und ferneren ungesetzlichen Verfügungen über das Kind, welche die Ermittelung des Aufenthalts desselben noch mehr erschweren könnten, erforderlich ist:

daß dem Gesuch um Freilassung des Klaws nicht zu deferiren, über das Begehren der Stellung unter fiscalische Anklage aber erst nach dem Schluß der Untersuchung entschieden werden könne.

Nachdem dieses Erkenntniß am 19. November wiederholter Suplication ungeachtet bestätigt worden ist, und Klaws in andauernder Haft gehalten, auch von allem Verkehr, einschließlich desjenigen mit seinem Anwalte ausgeschlossen wird, wendet sich der Vater des Eduard Klaws (durch Dr. Wer) an das Oberappellationsgericht zu Lübeck mit einer Nichtigkeitsbeschwerde und einer eventuellen einfachen Beschwerde gegen das Erkenntniß des Obergerichts.

Querulant führt aus, seine Berechtigung zu der eingeschlagenen Maßregel für seinen Sohn folge aus der Unfähigkeit desselben, unter den vorliegenden Umständen selbst irgend etwas zu seinem Schutze zu unternehmen, da ihm der Verkehr sebst mit seinem Anwalte abgeschnitten sei und sogar seine Correspondenz durch die Hände der Polizei gehe.

Da nun „die Verhaftung seines Sohnes ohne jeden rechtlichen Grund verfügt sei, bisher der objective Thatbestand einer strafbaren Handlung überall nicht festgestellt, und bis zur Stunde die Anschuldigung eines Criminalverbrechens noch nicht erhoben sei, da aber jedes Criminalverfahren und die Einleitung desselben bedingt werde durch die Existenz oder doch den Verdacht eines Verbrechens und vollends eine Verhaftung nur bei vorliegendem objectiven Thatbestande und vorhandenen rechtlich ausreichenden Indicien hinsichtlich des subjectiven Thatbestandes eines Verbrechens Statt finden könne; und da die Einleitung eines Criminalverfahrens und die Verhaftung rechtlich nichtige Acte seien, wenn es an der Anschuldigung eines Verbrechens nicht nur, sondern auch an jeder wirklichen und bestimmten Anklage fehle“, so seien die Erkenntnisse des Obergerichts als nichtig wieder aufzuheben, Eduard Klaws sofort in Freiheit zu setzen und demselben seine Rechte wegen der geschehenen Verhaftung gegen Jedermann vorzubehalten.

Das Oberappellationsgericht erkannte am 23. December 1861:

in Erwägung:

daß die angefochtene obergerichtliche Verfügung vom 13. vor. Monats, welche durch den weitern Bescheid vom 19. vor. Monats nur bestätigt worden ist, dem gegen Eduard Klaws eingeleiteten Verfahren den bestimmten Charakter einer strafrechtlichen Untersuchung beilegt und deren Führung gegen ihn unter Fortdauer seiner vorläufig verhängten Verhaftung anordnet, die gedachte Verfügung sich daher als Vorerkenntniß in einer Criminalsache darstellt, wodurch eine bestimmte Person in den Anschuldigungsstand versetzt, also eine Special-Untersuchung eröffnet wird;

daß die nach § 11 sub h und § 12 des die veränderte Organisation der Justiz betreffenden Gesetzes vom 28. September 1860 für eine solche Verfügung begründete Competenz des Obergerichts durch den Umstand, daß der Angeschuldete jede obervormundschaftliche Berechtigung der Hamburgischen Behörden hinsichtlich des minderjährigen Bahre bestreitet, selbstverständlich nicht geändert wird, wie denn auch die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde auf einen „wesentlichen Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen oder der Person der Partheien“ überhaupt nicht gestützt ist, es daher nach § 41 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht lediglich darauf ankommt, ob ein wesentlicher Mangel des gerichtlichen Verfahrens vorliege;

daß die Behauptung, es sei gegen Eduard Klaws

bis zur Stunde die Beschuldigung eines Criminalvergehens noch nicht erhoben, durch den Inhalt der angefochtenen Verfügung widerlegt wird, indem hier gesagt ist, in der Weigerung des Angeschuldigten, den Vormündern des minderjährigen Bahre, welchen er ohne gesetzliche Befugniß von Hamburg weggebracht habe, über den Aufenthalt ihres Mündels Nachricht zu geben, liege der Thatbestand einer strafbaren Handlung; auf die Frage aber, ob unter den vorliegenden Umständen, wo der Angeschuldigte, unter Berufung auf eine auswärts begründete obervormundschaftliche Competenz, den Hamburgischen Behörden und den von ihnen bestellten Vormündern zu irgend einer Auskunft nicht verpflichtet zu sein behauptet; in der bezeichneten Handlungsweise wirklich der Thatbestand eines Criminalvergehens zu finden sei, nicht eingegangen werden kann, weil eine Verneinung derselben nur den Inhalt der obergerichtlichen Entscheidung als einen sachlich unrichtigen darstellen, nicht aber einen Mangel des Verfahrens involviren würde; während der Einwand des Querulanten, es sei den Vormündern selbst die fragliche Auskunft bisher nicht verweigert worden, insofern unerheblich erscheint, als die polizeiliche Vernehmung des Angeschuldigten auf Betrieb der Vormünder erfolgt war;

daß die fernere Behauptung, ein Criminalverfahren gegen einen Angeschuldigten könne nicht eingeleitet und namentlich des Letzteren Verhaftung nicht verfügt werden, bevor der objective Thatbestand eines Verbrechens festgestellt sei, ganz abgesehen davon, daß die vom Obergerichte bezeichnete „Weigerung" des Angeschuldigten bereits actenmäßig vorliegt, als unbedingte Regel des Criminalprocesses, sofern unter Feststellung volle juristische Gewißheit verstanden wird, keineswegs anerkannt werden kann;

daß die Behauptung, die vom Obergerichte für die verfügte Fortdauer der Untersuchungshaft angegebenen Gründe seien unrichtig, — da sie sich nur auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung bezieht, — einer Prüfung dahier ebenfalls nicht weiter zu unterziehen ist;

daß hienach die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde sich als unbegründet darstellt, die eventuell angebrachte einfache Beschwerde aber, da sie gegen eine auf Rechtsgründe gestützte, gerichtliche Entscheidung gerichtet ist, nach der constanten Rechtsprechung des Ober-Appellations-Gerichts unstatthaft erscheint;

erkennt das Ober-Appellations-Gericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der wider die Bescheide des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 13. und 19. vor. Mts. ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde und einfachen Beschwerde für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiermit geschieht, das erste Rechtsmittel als unbegründet und das zweite als unstatthaft zu verwerfen und der Querulant in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 4. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 25. Januar.** Preis pro Quartal 1 Thaler

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Heinsen c. Kroß. — Dr. Schultz c. Mutzenbecher. — Obergericht: Homann c. Gütschow. — Oberappelationsgericht Caspar c. Israel. — Güffefeld und Alardus & Sohn c. Herz.

Handelsgericht.

No. 7.

Erste Kammer. Audienz vom 20. Januar 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Blume und Durrien.

Dr. Heinsen gegen Albert Kroß (Dr. Bargmann).

Kläger verlangt die Bezahlung eines Wechsels von Bcoℳ 1963. 12 ß.

Der Beklagte wendet ein: Kläger könne, da er ausweise des Protestes den libellirten Wechsel erst nach erhobenem Proteste Mangels Zahlung erworben, nur die Rechte seiner Indossanten gegen den Acceptanten geltend machen, und müsse sich die Einreden des Letzteren gegen die Vormänner gefallen lassen. (Art. 16 der Wechsel-Ordnung.) Auf Grund dessen opponire er die Einrede der abgemachten Sache. In der von dem Indossanten Schröder ausgestellten Contocurrant Anl. A sei nämlich der eingeklagte Wechsel zwischen Schröder und dem Beklagten verrechnet und zugleich zwischen ihnen abgemacht worden, Schröder solle diesen Wechsel zurückgeben und dafür theils Waaren, theils einen neuen Wechsel von Bcoℳ 1016. 8 ß erhalten. Nach dieser Contocurrant würde Schröder nur Bcoℳ 917. 8 ß zu fordern haben. Der Wechsel sei später dennoch in Händen von Schröder geblieben, der ihn an Julius Steinhagen, ausweise Anl. B, unter Ausbedingung des Rückkaufsrechts für 500 ℳ Crt. verkauft, später aber laut Anl. C vergeblich zurückgefordert habe; Steinhagen habe ihn vielmehr weiter indossirt, und so sei er in die Hände des Klägers gelangt. Schröder habe jedoch auch den erwähnten Saldo von Bcoℳ 917. 8 ß nicht mehr zu fordern, da er einen von ihm acceptirten Wechsel des Beklagten, groß Crtℳ 651. 7 ß oder Bcoℳ 521. 4 ß, ausweise Anlagen D und E nicht eingelöst habe; somit bleibe nur die Summe von Bcoℳ 396. 4 ß zu Gunsten Schröders, die also ungefähr dem Betrage von Crtℳ 500 gleichkomme, für welchen Schröder den Wechsel an Steinhagen verkauft habe. — Da somit liquide dargethan sei, daß Schröder den eingeklagten Wechsel mit dem Beklagten im Contocurrant verrechnet habe, so könne der Kläger, der ja sein Recht aus dem Indossament von Theodor Schröder ableite, diesen Wechsel gegen ihn nicht mehr geltend machen. Er bitte daher um Abweisung der Klage, eventuell um Verurtheilung in nicht mehr als die Bcoℳ 396. 4 ß, welche Schröder als Saldo der Contocurrant noch zukämen.

Der Kläger erwidert: Die Contocurrant sei offenbar von der Gegenseite simulirt, um ihn an der Verfolgung seines Rechts zu hindern; das ergebe sich schon daraus, daß dieselbe vom 10. December datire, wäh-

rend sonst doch Contocurranten erst am Ende des Jahres ertheilt würden. Er müsse sich allerdings die Einreden gegen seinen Vormann Schröder gefallen lassen, jedoch nur, wenn diese Einreden liquide und die Gegenforderungen fällig seien, was hier nicht der Fall. Zufolge der vorgebrachten Contocurrant solle nämlich das libellirte Accept theilweise aufgerechnet werden gegen einen erst am 10. März fälligen Wechsel; man dürfe aber einen fälligen Wechsel nie mit einem noch laufenden compensiren. Daß der eingeklagte Wechsel nicht annulirt worden, ergebe sich auch schon daraus, daß er im Besitz von Schröder geblieben, der ihn ja sonst hätte ausliefern müssen. — Die Contocurrant könne ferner, trotz der Anerkennung durch Schröder, deshalb nichts beweisen, weil sie unvollständig sei, denn es fehlten in derselben sowohl der vom Beklagten selbst in Anl. D beigebrachte Wechsel, als auch andere Tratten des Beklagten auf Schröder zum Belaufe von 981 ℳ 3 ß, 671 ℳ 4 ß und 816 ℳ 4 ß, deren Existenz aus einem Erkenntniß des Niedergerichts zu Lübeck, Anl. 3, erhelle. Jedenfalls würde der Beklagte doch den von ihm zugestandenen Saldo von Bco ℳ 396. 4 ß bezahlen und den Wechsel Anl. D nebst Protest ausliefern müssen.

Erkannt:

Da Kläger seine Legitimation zur Einziehung des von ihm eingeklagten Wechselbetrags aus dem Indossament ableitet, welches der Trassant des Wechsels, Th. Schröder, nach der Protesterhebung auf den Wechsel gesetzt hat, unter diesen Umständen aber, wie Kläger auch selbst anerkennt, der Beklagte alle Einreden, welche demselben gegen Th. Schröder, wenn Dieser klagte, zustehen würden, auch gegen ihn, den Kläger, geltend machen kann;

da hiernach Kläger sich nicht nur die Einrede der Compensation aus dem vom Beklagten als Anl. D producirten Accept des Schröder gefallen lassen muß, sondern auch die Einrede der Zahlung auf Grund der notariell beglaubigten und auch vom Kläger als echt anerkannten Anl. A;

da auch, wenn Kläger zur Widerlegung der letzteren Einrede sich darauf beruft:

1. daß die Zahlung nach Inhalt der Anl. A durch ein neues Accept des Beklagten erfolgt sei, dieser Umstand ersichtlich irrelevant ist, und
2. die Bezugnahme des Klägers darauf, daß Schröder noch anderweitige Forderungen an den Beklagten habe, deshalb unzutreffend ist, weil Schröder und Beklagter, auch wenn Letzterer sonst noch dem Ersteren verschuldet war, sich doch sehr wohl darüber geeinigt haben können, daß die nach Inhalt der Anl. A vom Beklagten geleistete Zahlung auf den hier eingeklagten Wechsel abgerechnet werden solle; da aber
3. die Replik des Klägers, daß die Anl. A nur simulirt sei, illiquide ist und daher der liquiden Einrede des Beklagten gegenüber in diesem Wechselverfahren keine Beachtung finden kann;

da sonach von dem Libellatum auf Grund der Anl. A Bco ℳ 1046. 4 ß, sowie die Protestkosten und Zinsen bis zum 10. December v. J., und auf Grund der Anl. D Crt ℳ 651. 7 ß abzusetzen sind, der letztere Betrag jedoch selbstverständlich nur dann, wenn Beklagter die Anl. D dem Kläger ausliefert;

da hinsichtlich des hiernach verbleibenden Restbetrags des libellati Beklagter aber ohne Weiteres sachfällig erscheint:

daß Beklagter schuldig sei, dem Kläger sofort Bco ℳ 917. 8 ß unter Abzug von Crt ℳ 651. 7 ß, sowie ferner auch die Zinsen von Bco ℳ 917. 8 ß, vom 10. December v. J. an gerechnet, zu zahlen und den von ihm als Anlage D zu den Akten gebrachten Wechsel nebst dem Proteste Anlage E — und zwar den Wechsel unter Verstattung der Tilgung des zur Zeit auf demselben befindlichen Blanco-Indossaments — auszuliefern, in Entstehung der Auslieferung des Wechsels aber die Bco ℳ 917. 8 ß vollständig zu zahlen,

und wird die Sache dergestalt zur Execution verwiesen;

daß im Uebrigen aber die Klage abzuweisen, dem Kläger jedoch wegen der von ihm hinsichtlich der Anl. A behaupteten Simulation alle Gerechtsame gegen Jeden, den es angeht, vorzubehalten seien.

Die Proceßkosten werden compensirt.

No. 8.

Erste Kammer. Audienz vom 6. Januar 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Vogler und Krönig.

Dr. A. Schultz m. n. Valander & Co. in Carlskrona gegen H. Mutzenbecher & Co. (Dr. Cropp und Dr. Schröder).

Die Beklagten haben die den Klägern gehörende Schwedische Brigg „Salamander", Capitain N. J. Holm, für eine Reise von Carlskrona und Calmar nach Rio de Janeiro für eine von den Klägern zu liefernde Raumladung gechartert. Das Schiff nahm diese Ladung, sowie außerdem noch für Rechnung der Rhederei eine Decksladung, welche sich die Kläger in der Charteparttie speciell vorbehalten hatten, ein. Nach einer Reise von 75 Tagen kam der „Salamander" in Rio de Janeiro an. Die Raumladung wurde von den dortigen Commissionairen der Beklagten, Ribeiro, Tesdorpf & Ballauf, verkauft und übertrug der Capitain Holm denselben auch den Verkauf der den Klägern gehörenden Decksladung. Als er jedoch Abrechnung darüber forderte, machten Ribeiro, Tesdorpf & Ballauf von dem Verkaufsprovenu einen Abzug von Rs. 509. 250 zu Gunsten der Beklagten für angeblich fehlerhaft gelieferte Planken. Capitain Holm protestirte gegen diesen Abzug und reservirte sich sowie der Rhederei alle Gerechtsame, und geht die Klage der Letzteren nunmehr auf Rückzahlung der Rs. 509. 250, welche die Beklagten unberechtigter Weise zu viel erhalten hätten.

Die Beklagten entgegnen: Sie seien nicht die rechten Beklagten. Das Fundament der Klage sei ein angeblich unberechtigter Abzug von Rs. 509. 250, welchen Ribeiro, Tesdorpf & Ballauf in Rio de Janeiro dem Capitain Holm auf das Verkaufsprovenu der Decksladung, welche sie für Rechnung der Kläger verkauft hätten, gemacht haben sollten. Dieser Verkauf und die in Betreff desselben gegebene Abrechnung concernire sie, die Beklagten, aber gar nicht. Wenn daher Ribeiro, Tesdorpf & Ballauf dem Capitain Holm zu wenig ausgekehrt hätten, so hätten die Kläger sich lediglich an diese zu halten und gegen sie auf Zahlung des ihnen noch zukommenden Restes von dem Verkaufsergebniß zu klagen. — Daran würde es auch nichts ändern können, wenn wirklich, wie die Klage behaupte, der fragliche Abzug zu Gunsten der Beklagten erfolgt wäre, sie die Rs. 509. 250 erhalten hätten; denn der Umstand allein, daß einem Dritten aus einer unrechtmäßigen Handlungsweise eines Anderen ein Vortheil zugeflossen sei, berechtige den Verletzten nicht, statt seines Verletzers diesen Dritten in Anspruch zu nehmen.

Eventuell sich einlassend opponiren die Beklagten zunächst die Einrede der abgemachten Sache. Es sei dem Capitain Holm sofort bei Entlöschung der Waare in Rio angezeigt worden, daß ein Theil der Raumladung beschädigt sei. Der Schaden sei nach stattgehabter ordnungsmäßiger Besichtigung taxirt worden und hätten Ribeiro Tesdorpf & Ballauf ihren Käufern einen entsprechenden Decort bewilligen müssen. Mit diesem Abzuge habe sich der Capitain auch schließlich einverstanden erklärt und sowohl wegen der Schiffsrechnung als wegen der Deckladung vollständige Decharge ertheilt. Der spätere Protest könne daher nicht in Betracht kommen, sei auch dem Hause drüben gar nicht insinuirt worden. Uebrigens sei auch das Verfahren von Ribeiro Tesdorpf & Ballauf dem Gesagten zufolge materiell, jedenfalls nach dem in Rio geltenden Rechte, ein völlig berechtigtes gewesen. In pessimum eventum würde das libellatum auf die Hälfte zu reduciren sein, da sie, die Beklagten, an der Raumladung nur in Gemeinschaft mit Ribeiro Tesdorpf & Ballauf betheiligt gewesen seien.

Die Kläger repliciren: Die Einrede der unrechten Beklagten sei nicht begründet. Wenn Ribeiro Tesdorpf & Ballauf den Käufern der Raumladung in Rio eine Vergütung im Namen der Beklagten bewilligt hätten, so hätten sie dieselbe auch mit dem Gelde der Beklagten bezahlen müssen. Wenn sie aber diese Vergütung mit dem Gelde der Kläger, welches sie zufällig in Händen hatten, bestritten hätten, so seien dafür nicht nur sie selbst, sondern auch die Beklagten, wenigstens bis zu ihrer Bereicherung, verantwortlich, da sie durch das unrechtmäßige Verfahren ihrer Commissionaire mit dem Schaden der Kläger bereichert seien und durch das Behalten des ihnen dadurch erwachsenen Vortheils das Verfahren derselben ratihabirt hätten. — Die Einrede der abgemachten Sache betreffend, so stelle er in Abrede, sich mit dem Abzuge von Rs. 509. 250 einverstanden erklärt zu haben. Durch die an Ribeiro Tesdorpf & Ballauf für die Deckladung und Schiffsrechnung ertheilte Quittung hätte Capitain Holm durchaus nicht auf seine oder der Rhederei Rechte verzichten

wollen, sondern lediglich den Empfang des ihm wirklich gezahlten Geldes bescheinigen wollen, wie dies auch aus dem von ihm erhobenen Proteste hervorgehe. — Das Verfahren von Ribeiro Tesdorpf & Ballauf sei nicht gerechtfertigt. Die Besichtigung sei durch Geschäftsfreunde derselben geschehen und daher das Attest schon formell ohne Werth. Würde aber selbst eine Beschädigung der Waare constatirt sein, so würde doch der Capitain nur dann dafür haften, wenn dieselbe durch seine Schuld entstanden, die Kläger aber nur dann, wenn dieselbe bereits vor der Abladung in Carlskrona und Calmar vorhanden gewesen wäre. Beides sei nicht nachgewiesen. — Die Einrede endlich, daß die Beklagten nur zur Hälfte an der Raumladung betheiligt gewesen seien, betreffend, so gehe das die Kläger nichts an, da die Beklagten ihnen gegenüber stets die alleinigen Contrahenten gewesen seien und deren internes Verhältniß zu Ribeiro Tesdorpf & Ballauf sie nicht kümmere.

Die Beklagten dupliciren: Der Gegner stelle das Verfahren von Ribeiro Tesdorpf & Ballauf als eine Unrechtfertigkeit dar. Hafte nun allerdings der Mandant auch für unerlaubte Handlungen, die der Mandatar bei Ausführung des Mandats sich zu Schulden kommen lasse, soweit er dadurch bereichert worden, so müsse doch zuvor die Frage, ob der Mandatar wirklich eine unrechtmäßige Handlung begangen, mit diesem ausgemacht werden und im vorliegenden Falle um so mehr, da diese Frage hier nach dem fremden Rechte zu beurtheilen sei. Wären daher selbst Ribeiro Tesdorpf & Ballauf bei dem Abzug der Rs. 509. 250 als Commissionaire der Beklagten anzusehen, so würde dennoch zunächst in Rio gegen sie zu klagen sein. — Der vom Capitain Holm erhobene Protest sei, nach ertheilter Decharge, als eine protestatio facto contraria nicht zu beachten. — Die Beschädigung betreffend, so ergebe sich aus dem Besichtigungsattest, daß das Holz entweder bei der Verladung nicht gehörig ausgetrocknet gewesen oder nicht sorgsam genug verladen worden sei. Für beides hätten die Kläger als Verkäufer des Holzes oder als diejenigen, die den Transport zu besorgen hatten, aufzukommen. — Den Einwand, daß sie nur zur Hälfte an der Raumladung betheiligt gewesen, müßten die Kläger, da sie auf Grund einer Bereicherung klagten, sich gefallen lassen.

Erkannt:

Da ausweise der vorgelegten Schriftstücke die Connossementsinhaber und Empfänger der Ladung in Rio de Janeiro mit dem Capitain des klägerischen Schiffes über den Zustand der Ladung in Differenzen gerathen, wegen beschädigter Lieferung einen Anspruch erhoben und sich für solchen auf dem Wege der Compensation bezahlt gemacht haben;

da derartige Differenzen zwischen dem Schiffer und dem Empfänger der Ladung am Bestimmungsorte zum Austrage gebracht werden müssen, der Capitain also seine etwaigen Rechte in Rio de Janeiro gegen Ribeiro, Tesdorpf & Ballauf geltend zu machen hatte, keinenfalls aber befugt erachtet werden kann, sei es selbst, sei es, wie im vorliegenden Falle, durch seine Rheder, wegen der von den Connossementsinhabern erzielten Vergütung wegen beschädigter Lieferung auf die Charterer des Schiffes, selbst wenn dieselben zugleich die Ablader gewesen sein sollten, zurückzukommen;

da auch die Klage, soweit dieselbe auf eine etwaige Bereicherung des Beklagten gegründet werden soll, schon deshalb unstatthaft erscheinet, weil weder die Unrechtmäßigkeit des von Ribeiro, Tesdorpf & Ballauf erhobenen Anspruches nachgewiesen, noch darin eine unerlaubte Handlung derselben gefunden werden kann, daß sie sich für solchen Anspruch auf dem Wege der Compensation bezahlt gemacht haben:

daß die Einrede der unrechten Beklagten für begründet zu erachten und m. n. Kläger mit seiner Klage, unter Verurtheilung in die Kosten, abzuweisen sei.

Obergericht.

No. 3.

In Sachen A. Homann c. F. Gütschow (cfr. No. 24 der Gerichtszeitung, Niedergericht No. 8) hat das Obergericht am 20. Januar das Niedergerichtliche Erkenntniß, ohne Entscheidungsgründe, lediglich bestätigt.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 3.

In Sachen H. A. Caspar gegen Selig Israel (cf. No. 22 und 24 der Gerichtszeitung, Niedergericht No. 6) hat das Oberappellationsgericht zu Lübeck das Erkenntniß des Obergerichts, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten der Appellations-Instanz, am 28. December 1861 bestätigt.

Die Entscheidungsgründe führen aus: Der Versuch des Klägers, sein Verhalten im Verkaufstermine des Stratemann'schen Grundstückes — abgesehen von der zum Beweise verstellten besondern Billigung desselben durch den Beklagten — als ein dem Auftrage und den Verhältnissen entsprechendes darzustellen, sei nicht als gelungen zu erachten. Allerdings sei der Ausführung des Klägers darin beizustimmen, daß nach dem ihm vom Beklagten gewordenen Auftrage, die Vertheidigung des beklagtischen Postens von Sp.℔ 4000. und nicht der Ankauf des Grundstückes in erster Linie habe stehen müssen, letzterer vielmehr nur eventuell beabsichtigt worden sei. Wäre der Auftrag wesentlich auf den Ankauf des Grundstücks gerichtet gewesen, so würde ein Bedenken über die Ungehörigkeit des klägerischen Verfahrens überhaupt nicht haben entstehen können; denn jeder Ankaufs-Beauftragte empfange stillschweigend die Weisung, so billig als möglich zu kaufen, und selbst ein gesetztes Limitum erscheine nur als die Grenze, bis zu welcher der Beauftragte höchstens zu gehen habe, von welcher er aber so weit möglich zurückbleiben müsse, und auch auf Fälle des Bietens in öffentlichen Versteigerungen fände dieser Grundsatz Anwendung. — Der Auftrag, nun „einen Posten zu vertheidigen und nur eventuell zu kaufen" verpflichte den Beauftragten, so lange in der Steigerung aufzubieten, bis der in Betracht kommende Posten völlig gedeckt sei, unter Voraussicht der Möglichkeit, das zum Verkaufe stehende Grundstück erwerben zu müssen. Um nun eventuell den lieber nicht gewollten Ankauf möglichst wenig unvortheilhaft werden zu lassen, sei auch hier ein Aufbieten in kleineren Summen geboten. Freilich müsse man wünschen, möglichst hoch überboten zu werden, indessen sei jedenfalls anzunehmen, daß die sonstigen Kauflustigen, resp. die bei nachstehenden Hypotheken betheiligten schlechteren Pfandgläubiger, bis zu einer beabsichtigten Grenze und nicht weiter vorschreiten würden, und daß somit ein starkes Ueberbieten die übrigen Bietenden mit Wahrscheinlichkeit nicht zu höhern Geboten veranlassen würde. Nur innerhalb des eigenen Postens erscheine somit ein starkes Aufbieten nicht mit eventuellen Nachtheilen verbunden, abgesehen von der etwaigen Vergrößerung der Ankaufskosten und falls nicht etwa die persönliche Forderung an den Hypothekschuldner Werth haben sollte, welcher Fall hier nicht in Betracht zu kommen scheine. — Im vorliegenden Falle stand nun, als Kläger bietend auftrat, die Sache dergestalt, daß Sp.℔ 66,500. bereits geboten waren; dem beklagtischen Posten voran standen im Ganzen Sp.℔ 69,100.; unmittelbar voran stand der B.'sche Posten von Sp.℔ 1000. Indem nun Kläger in einem Male Sp.℔ 4000. aufgeboten, wurde derselbe zu 71,000 ℔ sofort Käufer, während es vielleicht möglich gewesen, bei einem geringeren Aufgebot das Grundstück zu einem geringeren, den B.'schen Posten nicht deckenden Preise zugeschlagen zu erhalten.

Zwar sei es richtig, daß das Verfahren des Klägers einen günstigeren Ausgang für den Beklagten gehabt haben würde, wenn andere Kauflustige zu einem höheren Preise vorhanden gewesen wären, allein dieses war nicht der Fall, und wenn Kläger im Appellationslibelle behaupte, daß er auf ein Einschreiten der nachfolgenden Hypothekarien speculirt habe, so habe er doch nicht vermocht, hierzu berechtigende Gründe anzugeben. — Der Versuch des Klägers, die Aufbietung mittelst großer Summen aus dem Grunde zu rechtfertigen, weil nach einem solchen Aufbieten das Gebot eines Kauflustigen, resp. nachfolgenden Hypothekars, dem Zwecke der Deckung um so besser entsprechen würde, sei verfehlt, denn wären Kauflustige vorhanden gewesen, so würden dieselben durch ein Aufbieten mittelst kleinerer Summen ebensogut hinaufzutreiben gewesen sein. — Mit Unrecht ferner bezeichne Kläger die Bestimmung über die Höhe der Mehrbietung als seinem Ermessen anheimgegeben, denn sei dieses auch innerhalb der Grenzen des sonst üblichen Aufbietens anzuerkennen, so überschreite doch das klägerische Gebot diese Grenzen bei Weitem. — Auch aus dem Umstande, daß der Beklagte selbst im Verkaufstermine anwesend gewesen sei und eine Unzufriedenheit mit dem klägerischen Verfahren nicht an den Tag gelegt habe, sowie namentlich daraus, daß Beklagter sechs

Tage später ohne irgend einen Vorbehalt in den Kauf durch Unterzeichnung des in das Niedergerichts-Protocoll eingetragenen Cessions-Vermerkes eingetreten sei, folge kein Argument für den Kläger. Die Anwesenheit des Beklagten im Verkaufstermine und dessen passives Verhalten anlangend, so könne aus diesem eine Anerkennung des klägerischen Verfahrens nicht gefolgert werden, weil Beklagter gar nicht im Stande gewesen wäre, durch etwaige Mißbilligung dem einmal geschehenen klägerischen Gebote, welches auch zunächst nur den Käufer obligirt habe, seine Wirkung zu nehmen; und das bloße Stillschweigen des Beklagten um so weniger in Betracht komme, als Letzterer keine Veranlassung gehabt, seine Billigung oder Mißbilligung des klägerischen Gebots sofort auszusprechen. — Zweifelhafter erscheine allerdings die klägerische Berufung auf den vorbehaltlosen spätern Eintritt des Beklagten in den Kauf, doch sei auch in diesem Punkte der Ansicht des Obergerichts unter Verweisung auf die von diesem geltend gemachten Gründe beizutreten. — Das einzige sich demnach noch erhebende Bedenken bestehe darin, ob nicht der Beklagte seinen Schadensanspruch dadurch verwirkt habe, daß er sich das Recht aus dem Kaufe übertragen ließ, ohne seine Absicht zu verlautbaren, den Kläger wegen des Aufbietens verantwortlich machen zu wollen, und dadurch dem Kläger die Möglichkeit entzog, das Grundstück für sich zu behalten und den Kläger durch Zahlung einer dem gefährdet gewesenen Hausposten gleichkommenden Summe zu entschädigen. Allein erstens habe der Kläger speciell in dieser Weise den hier besprochenen beklagtischen Act nicht für sich geltend gemacht, und zweitens würde ihm auch das Recht, das Grundstück zu behalten, gar nicht zugestanden werden können, denn wenn auch der Kläger nach der Einrichtung der Hamburgischen Grundstücks-Verkäufe, dadurch, daß er nur im eigenen Namen bot und den Zuschlag entgegennahm, dem Verkäufer gegenüber persönlich, und zwar zunächst ausschließlich obligirt wurde, so sei doch **zwischen ihm und dem Beklagten** der Kauf als für den Letzteren und kraft Auftrag desselben geschehen zu betrachten, und der Beklagte hätte nicht für verpflichtet geachtet werden können, den einmal geschehenen Ankauf durch die Willensbestimmung des Klägers sich entziehen zu lassen.

No. 4.

C. Güssefeld und C. A. Alardus & Sohn (Dr. Kunhardt) gegen August Herz (Dr. G. Herz).

Im Jahre 1857 sind von Preußen aus diverse Quantitäten Getreide an Fritz in Grabow verladen worden, welcher dasselbe mit einem von Grabow datirten Frachtbriefe theils an die Kläger, theils an den Beklagten, theils an Rodatz & Werkmeister nach Hamburg gesandt hat. — Da nun das von Mecklenburg aus durch Lauenburg transitirende Getreide vom Durchgangszoll befreit ist, während das von Preußen kommende einem solchen unterworfen ist, so erblickte die Lauenburgische Zollbehörde in dem Umstande, daß die Waare von Mecklenburg kommend declarirt worden, den Versuch einer Defraudation, indem es die Waare als von Preußen kommend ansah, und confiscirte demgemäß das Getreide. Die Betheiligten wurden durch die Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahn von dem Unfalle in Kenntniß gesetzt, indem diese angab, daß die den Klägern confiscirte Quantität 43 Säcke Weizen und 104 Säcke Roggen für Güssefeld, 168 Säcke Gerste und 36 Säcke Roggen für Alardus betrage, das dem Beklagten confiscirte Quantum dagegen 224 Säcke Weizen. — In Folge Vermittlung der Eisenbahn-Direction erklärte die Lauenburgische Zollbehörde sich bereit, gegen Deposition des Betrages von 2343 ℛ︁ 6 ß die Waare vorläufig herauszugeben; es wurde diese Summe von den Betheiligten nach dem Werthe desjenigen Quantums zusammengeschossen, welches die Direction als jedem Einzelnen confiscirt angegeben hatte, und wurden die Beiträge von den Parteien der Eisenbahn-Direction, welche die Angelegenheit ordnete, eingehändigt. Bei Ankunft der Waare stellte sich die Angabe der Direction als unrichtig heraus, und haben in Folge dessen nach Berechnung der Kläger diese zusammen Pr. ℛ︁ 568. 29 Sgr. zuviel, Beklagter aber Pr. ℛ︁ 349. 26 Sgr. zu wenig eingezahlt, (die übrige Differenz betrifft Rodatz & Werkmeister). — Das deponirte Geld wurde bald darauf dem Lauenburgischen Fiscus zugesprochen, indem die Reclamationen der Interessenten gegen die Confiscation verworfen wurden, und beanspruchten darauf die Kläger von der Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahn den Ersatz des durch unrichtige Angabe derselben zu viel gezahlten Be-

trages. Mit dieser Klage sind die Kläger in zweiter und dritter Instanz abgewiesen worden. In den Entscheidungsgründen des Oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisses in jener Sache ist unter Anderem ausgeführt, daß der etwa als condictio indebiti zu begründende Anspruch der Kläger nicht, wie geschehen, gegen die Direction gerichtet werden könne, da das dieser zuviel Bezahlte so anzusehen sei, als sei es in deren Person den übrigen Interessenten zuviel bezahlt, den Klägern also nur ein Anspruch gegen letztere zustehen würde. — Indem die Kläger sich namentlich auf diese Entscheidung berufen, verlangen sie jetzt von dem Beklagten, August Herz, die Rückerstattung des von den Klägern zu viel und von dem Beklagten zu wenig eingezahlten Betrages mit Pr.℔ 349. 26 Sgr.

Der Beklagte wendet ein: Er stehe zu den Klägern in gar keinem contractlichen Verhältnisse, denn der Betrag des von den Interessenten laut Vereinbarung zu leistenden Beitrages zu der deponirten Summe sei an keine der Parteien, sondern an die Eisenbahn-Gesellschaft gezahlt worden. Ob nun ein Irrthum der Kläger über den von ihnen der Berechnung gemäß zu zahlenden Betrag vorgelegen oder nicht, könne ihn, den Beklagten, nicht concerniren, denn ein solcher könnte nur ein Irrthum in den Motiven sein, den er nicht veranlaßt habe und auf Grund dessen er von den Klägern um so weniger in Anspruch genommen werden könne, als diese gar nicht im Stande seien, gegen die Folgen des Irrthums ihn in integrum zu restituiren; denn wäre er zur Zeit aufgefordert worden, so viel mehr als geschehen gegen Auslieferung der Waare zu bezahlen, so sei es sehr fraglich, ob er sich zu diesem Acte überall entschlossen haben würde. Die Kläger hätten auch selbst, indem sie ihre Ansprüche ursprünglich gegen die Eisenbahn-Direction richteten, die Ueberzeugung gehabt, daß er, der jetzige Beklagte, in keiner Weise ihnen verhaftet sei. Das Oberappellationsgerichtliche Erkenntniß in jenem Prozesse aber sei für diesen Streit ohne alle Relevanz, denn dasselbe hätte nur Recht unter den damaligen Parteien gesprochen, er, der Beklagte, aber sei in jenem Prozeß über die jenseitige, vielleicht ganz verkehrte Darstellung seines Verhältnisses zu den Klägern gar nicht gehört worden. — Das Erkenntniß sei übrigens auch der Sachlage nicht entsprechend, denn mit der condictio indebiti könne stets nur derjenige belangt werden, dem eine Zahlung gemacht worden, dieses aber sei nicht der jetzige Beklagte, sondern die Eisenbahn-Direction; und überdies stehe den Klägern entgegen, daß er hier gar nicht der eigentliche Interessent sei, das Getreide vielmehr an Loewenthal in Seehausen verkauft worden sei, welchem der Streit verkündet worden. Mit diesem habe er nun bereits vollkommen abgerechnet, selbst also durchaus keinen Vortheil aus der irrigen Angabe über das Quantum gezogen. — Nur eventuell mache er geltend, daß die nachgeforderte Summe jedenfalls zu hoch sei, da der Erlös des Getreides geringer gewesen sei, als der Werth, welcher der ursprünglichen Berechnung zu Grunde gelegt worden.

Die Kläger entgegnen: Die bei der Confiscation interessirten Parteien hätten in Folge gemeinschaftlicher Berathung in der ganzen Angelegenheit gemeinschaftlich gehandelt, mithin sei ein Vertrag auch unter ihnen als zu Stande gekommen anzusehen, somit müsse den Ausführungen des Oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisses gemäß der an die Eisenbahn zu viel gezahlte Betrag so angesehen worden, als sei er dem Beklagten gezahlt worden. Die Berufung auf jenes Erkenntniß, welches sie an den Beklagten verweise, sei gewiß gerechtfertigt, ein merkwürdiges Resultat würde sich ergeben, wenn das Handelsgericht sie wieder an die Eisenbahn-Direction verweisen würde. — Auch eine Bereicherung des Beklagten sei anzunehmen, da sie, Kläger, in Folge der irrthümlichen Berechnung zum Theil mit ihrem Gelde die beklagtischen Waaren aus dem Confiscat eingelöst hätten; ob Beklagter nun Commissionair eines Dritten gewesen, könne ihnen gegenüber hierbei nicht in Betracht kommen, da Beklagter sich ihnen gegenüber nicht als solcher, sondern als selbstständiger Interessent gerirt habe. Wenn ferner Beklagter opponire, daß er bei ursprünglich richtiger Angabe sich zu einer Einlösung der Waare wohl gar nicht verstanden haben würde, so seien auch sie in derselben Lage, denn wie sich das Quantum der confiscirten Waare später herausgestellt habe, sei diese Einlösung auch ihnen nicht vortheilhaft gewesen. — Auf den spätern etwaigen Erlös der Waare komme es ebenfalls nicht an, da eben nicht der Verkaufswerth des Getreides, sondern ein bestimmt angenommener Werth der Berechnung zu Grunde gelegt worden sei, und Beklagter auch bei einem etwaigen höheren Erlöse gewiß keinen höheren Beitrag bezahlt haben würde.

Das Handelsgericht (Präses: Herr Dr. Weber, Richter: die Herren Meincke und Blume) erkannte am 2. November 1859:

da der Ausgang des sub rubro „Alardus & Sohn c. die Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahn-Gesellschaft" abseiten der genannten Mitkläger geführten Processes für die Beklagten eine nicht sie concernirende res judicata inter alios ist und auch die betreffenden Entscheidungsgründe für den in vorliegender Sache judicirenden Richter, welcher vielmehr selbstständig seine Conclusionen zu geben hat, nicht maßgebend sind,

da es sich nun im vorliegenden Fall nicht etwa um die Rectificirung eines error calculi handelt, sondern um eine Abänderung der unter den Parteien angewendeten Rechnungsbasis;

da aber aus dem factischen Umstande allein, daß Kläger, indem die Parteien die von der Eisenbahn über das Quantum der in Büchen confiscirten Güter gemachten Aufgabe für ihre resp. Betheiligung an den zu deponirenden Geldern zu Grunde legten, einen Nachtheil erfahren haben, insofern sich später herausgestellt hat, daß die Eisenbahn das confiscirte Quantum der klägerischen Güter zu hoch angegeben, eine Ersatzpflicht der Beklagten pro rata ihres Confiscats nicht ohne Weiteres zu folgern ist, dazu vielmehr ein specieller Verpflichtungsgrund vorliegen müßte;

da nun von der Restituirung einer von Klägern zum Vortheil der Beklagten indebite oder sine causa geschehenen Leistung deshalb im vorliegenden Falle nicht die Rede sein kann, weil die Berechnungsbasis der betheiligten Firmen nicht eine provisorische, deren definitive Regulirung vorbehalten war, sondern weil der ganze Calcul des Einzelnen auf die Angabe der Eisenbahn basirte und also nicht jetzt hinterher entschieden werden kann, ob die Beklagten überall zur Auslösung ihrer Güter mittelst Deposition bereit gewesen sein würden, wenn die Proportion des auf sie fallenden Antheils zu ihren Ungunsten anders als es vereinbarungsmäßig geschehen ist, sich gestaltet hätte,

da also nicht sowohl eine Bereicherung des Beklagten auf Unkosten der Kläger, als vielmehr ein Irrthum in den Motiven auf Seiten der letzteren, welche im Vertrauen auf die Zuverlässigkeit der Eisenbahnaufgabe mit den Beklagten paciscirten, vorliegt,

daß Kläger mit ihrer angestellten Klage wiewohl compensatis expensis abzuweisen.

Auf klägerische Appellation erkannte das Obergericht am 30. Januar 1860:

da als der eigentliche Gegenstand der Vereinbarung, auf welche die Vertheilung der behufs Auslösung des confiscirten Getreides erforderlichen Einschüsse gegründet ist, die Feststellung des für die verschiedenen confiscirten Getreide-Arten anzunehmenden Preises angesehen werden muß, und es keinen Unterschied machen kann, ob das Resultat der Berechnung in Folge eines arithmetischen Rechnungsfehlers oder in Folge eines factischen Irrthums über die Größe der einzelnen confiscirten Partien ein unrichtiges geworden ist, vielmehr in beiden Fällen mit der L. 3. C. 3. 38 die Vertheilung als perperam facta und daher als der Abänderung unterzüglich anzusehen ist;

da auch gegen die Richtigkeit der von den Klägern jetzt für die Vertheilung aufgestellten Berechnung im Uebrigen nichts eingewendet ist,

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 2. November 1859 wieder aufzuheben und der Beklagte in die Bezahlung des libellirti innerhalb 8 Tagen s. p. executionis zu verurtheilen, die Proceßkosten jedoch zu compensiren seien.

Die Entscheidung des Oberappellations-Gerichts wird in der nächsten Nummer berichtet werden.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 5. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 1. Februar. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Josephy c. Baare. — Dr. Hertz c. Leinau Söhne. — Obergericht: Neubauer c. Bolten. — Oberappellationsgericht: Güffefeld und Alardus & Sohn c. Herz. (Schluß). — Mielcke c. Müller.

Handelsgericht.

No. 9.

Zweite Kammer. Audienz vom 25. Januar 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Krönig und Schenck.

J. Josephy (Dr. Wex) gegen J. A. Baare (Dr. Feldmann).

Der Beklagte ist durch rechtskräftiges Erkenntniß verpflichtet worden, dem Kläger 34 Stück Roßschilder gegen Bezahlung von Ct.℔ 297. 7 ß nebst Zinsen abzunehmen, und ist zugleich in Entstehung dessen der Kläger befugt worden, die Roßschilder für Rechnung des Beklagten nach vorgängiger gesetzlicher Anzeige zum öffentlichen Verkaufe zu bringen, um sich aus dem Ertrage soweit zureichend zu befriedigen. — Beim Ausbleiben der Zahlung hat Kläger in Gemäßheit dieses Erkenntnisses die Waaren in öffentlicher Auction verkaufen lassen, und ist nach einer als Anlage 1 beigebrachten Abrechnung der Erlös um Ct.℔ 71. 3 ß geringer, als der dem Kläger zukommende Betrag. Kläger beantragt demnach, auf diese Ct.℔ 71. 3 ß die Execution gegen den Beklagten zu verfügen.

Beklagter wendet ein: Er habe sich vor dem Verkaufe der Waare beim Kläger zum Empfange derselben gemeldet, sei aber vom Kläger unter dem Vorgeben, daß derselbe sich an die Börse verfügen müsse, zurückgewiesen worden; mithin befinde sich Kläger in mora. Er, Beklagter, habe ferner durch einen Freund den Kläger ersuchen lassen, mit dem Verkaufe noch zu warten, und Kläger sei auf dieses Gesuch eingegangen. Endlich sei ihm von dem öffentlichen Verkaufe der Waare die erforderliche Anzeige nicht gemacht worden, weder in der gesetzlichen Weise durch die Boten des Handelsgerichts, noch in anderer Weise. Aus allen diesen Gründen sei anzunehmen, daß der Kläger nunmehr die Sache zu seiner eigenen gemacht habe und das Resultat der Auction gegen sich gelten lassen müsse, ohne den Beklagten für den Mindерertrag weiter in Anspruch nehmen zu können.

Der Kläger entgegnet: Beklagter habe zwar wiederholt den Kläger um Frist ersucht, zum Empfange der Waare aber gegen sofortige Bezahlung — wie Kläger diese mit Recht verlangt — sei er nie bereit gewesen, und ebensowenig habe Kläger dem Beklagten oder dem Freunde desselben die Zusage ertheilt, mit dem Verkaufe länger zu warten. Die Anzeige von dem öffentlichen Verkaufe habe Kläger dem Beklagten durch einen seiner Leute machen lassen, und diese Art der Anzeige sei genügend, da die Beschaffung derselben

durch die Gerichtsboten zwar die gebräuchliche, aber keineswegs die ausschließliche und gesetzlich vorgeschriebene sei. — Für den Fall aber, daß wirklich eine Anzeige dem Beklagten überall nicht gemacht worden wäre, könne diese Unterlassung doch keinenfalls, wie Beklagter meine, dahin führen, dem Kläger seinen Anspruch auf den durch den Verkauf nicht gedeckten Rest seiner Forderung gänzlich zu entziehen und denselben so zu behandeln, als ob er die Sache zu seiner eigenen gemacht habe, sondern es würde in diesem Falle der Beklagte nur berechtigt sein, die Erstattung eines etwaigen Schadens zu beanspruchen, der ihm nachweisbar aus der Unterlassung der Anzeige erwachsen sei, welcher Schaden im vorliegenden Falle aber durchaus geleugnet werde.

Erkannt:

Da einestheils der Beklagte, wenn derselbe, wie er behauptet, sich am 4. Decbr. v. J. beim Kläger zum Empfange der Waare vigore Erkenntnisses vom 2. Novbr. eingestellt haben und von demselben zurückgewiesen sein sollte, eine weitere Aufforderung vom Kläger erwarten durfte, somit dieser nicht berechtigt war, ohne solche Aufforderung vorher ergehen zu lassen, einen öffentlichen Verkauf für des Beklagten Gefahr und Rechnung vorzunehmen;

da anderntheils dem Kläger, wenn der Ausführung des öffentlichen Verkaufs an und für sich nichts im Wege stand, eine vorgängige rechtzeitige Anzeige von Ort und Zeit der Auction durch das Erkenntniß vom 2. Novbr. v. J. ausdrücklich vorgeschrieben war, eine Anzeige, welche nicht allein den Zweck hat, dem, für dessen Gefahr und Rechnung verkauft werden soll, Gelegenheit zu geben, sein Interesse beim Verkaufe wahrzunehmen, sondern auch den, ihn wissen zu lassen, bis zu welchem Momente eine Abwendung des Verkaufes durch Erfüllung seiner Verbindlichkeiten noch möglich sei;

da dies Unterlassen der Notification aber den an und für sich gerechtfertigten Verkauf nicht ungültig machen, sondern nur den Beklagten berechtigen würde, Ersatz des ihm dadurch etwa entstandenen Schadens zu verlangen:

daß Beklagter schuldig sei, zu beweisen:

daß er sich am 4. Decbr. v. J. bei dem Kläger eingestellt habe, um die 34 Stück Roßschilder nach Maßgabe Erkenntnisses vom 2. November demselben abzunehmen, Kläger aber ihm erklärt habe, es passe ihm, sei es wegen der Börsenzeit, sei es aus welchem Grunde sonst, die Ueberlieferung augenblicklich nicht;

Kläger aber schuldig sei, zu beweisen:

daß er dem Beklagten rechtzeitig davon Anzeige gemacht habe, daß die fraglichen 34 Stück Roßschilder vigore Erkenntnisses vom 2. Novbr. 1861 am 10. Decbr. und an welchem Orte und zu welcher Stunde öffentlich würden verkauft werden.

Beide Parteien haben die ihnen auferlegten Beweise, dem Gegner jedesmal Gegenbeweis vorbehältlich, innerhalb acht Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Verlust der Beweisführung anzutreten, und soll sodann weiter erkannt werden wie Rechtens.

No. 10.

Erste Kammer. Audienz vom 28. Januar 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Siemssen und Stahmer.

Dr. D. Hertz m. n. C. F. Haebler in Zittau c. F. Leinau Söhne (Dr. G. Hertz).

Im Jahre 1860 verlangte der Kläger von den Beklagten Zahlung eines Contocurrant-Saldos von Bco.ℳ 776. 1., indem er denselben zugleich 19 Säcke Kaffe, die bei ihm zur beklagtischen Disposition lägen, zur Verfügung stellte. Die Beklagten forderten dagegen Bezahlung dieses Kaffes, resp. Verrechnung des ihnen dafür geschuldeten Kaufpreises in die Contocurrant; denn der Kläger habe denselben zwar rechtzeitig als der Bestellung nicht entsprechend aufgeschossen, sich jedoch später bereit erklärt, ihn gegen Vergütung von ¼ ß Bco. pr. ℔ dennoch zu acceptiren. Diese letztere Behauptung wurde den Beklagten durch Erkenntniß vom 7. Mai 1860 zum Beweise verstellt, dieser Beweis aber nicht

erbracht, und erkannte deshalb das Handelsgericht am 24. September 1861:

> daß die Beklagten zu verurtheilen seien, dem m. n. Kläger gegen Auslieferung der 19 streitigen Säcke Kaffe die eingeklagten Bco.ℳ 776. 1. samt Zinsen vom Klagetage an und den Proceßkosten, sowie die auf der Waare bis zum Tage der Abnahme haftenden Unkosten innerhalb 8 Tagen zu erstatten.

In Gemäßheit dieses Erkenntnisses zahlten die Beklagten dem m. n. Kläger an Capital, Zinsen und Kosten Bco.ℳ 1025. 14., gegen die selbstschuldige Verpflichtung desselben für die Restituirung dieser Summe, falls die streitigen 19 Säcke Kaffe nicht zurückgeliefert werden sollten. Sie sandten sodann zum Empfange des Kaffes einen Bevollmächtigten nach Zittau; als dieser aber daselbst ankam, erklärte der Kläger, daß 5 Säcke von den 19 verkauft seien und somit nicht zurückgegeben werden könnten. Der beklagtische Bevollmächtigte erhob darauf sofort Protest; und verlangen die Beklagten nunmehr, da das Erkenntniß vom 24. Sept. v. J. sie nur gegen Rücklieferung der 19 Säcke zur Zahlung verurtheilt habe, daß der Kläger ihnen sowohl die Bco.ℳ 1025. 14. nebst Zinsen zurückerstatte, als auch die von ihrer Seite bezahlten Proceßkosten im Betrage von Ct.ℳ 163. 1., sowie die Reise- und Proceßkosten ihres Bevollmächtigten und die Kosten dieses ferneren Verfahrens ersetze.

Der Kläger entgegnet: Aus den Voracten gehe hervor, daß die Beklagten persönlich und auch ihr Agent Düring in Zittau ihn ersucht hätten, von dem fraglichen Kaffe zu verkaufen; es seien auf Wunsch des Düring dann 5 Säcke nach Reichenberg geschickt und darauf die Antwort erfolgt, der Kaffe sei schlecht und werde zur Disposition gestellt. So hätten die Sachen gestanden, als er den Contocurrantsaldo gegen die Beklagten einklagte. Als er nun später den Kaffe wieder zusammen haben wollte, um ihn auszuliefern, habe er erfahren, daß der Spediteur Hess, an den die 5 Säcke in Reichenberg ausgeliefert worden, ihn betrogen, den Kaffe verkauft, das Geld behalten habe und verstorben sei. Er habe nun schon früher den Beklagten die Offerte gemacht, ihnen den vollen Facturawerth der 5 Säcke zurückzuerstatten; mehr könnten dieselben aber gewiß nicht verlangen, da die 19 Säcke nicht dergestalt ein Ganzes bildeten, daß weil Kläger 5 Säcke nicht liefern könne, Beklagte zu ihrem gegenwärtigen Antrage berechtigt wären. Ueberdies komme noch dazu, daß die 5 Säcke, wie erwähnt, durch Casus untergegangen seien. — Eventuell opponire er, daß Beklagte keine Reisekosten berechnen dürften, da sie nicht nöthig gehabt, einen Empfänger nach Zittau zu senden, sondern ebensogut dort einen Bevollmächtigten hätten bestellen können.

Die Beklagten erwidern: Es stehe fest, daß Kläger die 5 Säcke verkauft habe, ohne davon im Processe jemals etwas anzuzeigen; seine jetzige Erklärung sei deshalb ohne alle Bedeutung. Eine Rückerstattung pro rata der 5 Säcke sei gar nicht einmal ausführbar, außerdem aber auch nicht zulässig, weil, wenn der Gegner im Processe gesagt hätte, daß er 5 Säcke verkauft habe, gar nicht sowie geschehen, erkannt, jedenfalls aber jetzt nach der klägerischen Erklärung das Erkenntniß vom 24. Sept. hinfällig geworden wäre. — Kläger habe allerdings im Laufe des Processes einmal geäußert, er wolle den Kaffe gern verkaufen; darauf seien sie aber nicht eingegangen. — Die Reisespesen seien ebenfalls zu ersetzen, da sie dem Kläger gegenüber durchaus nicht verpflichtet gewesen seien, einen Correspondenten in Zittau zu bestellen. Ein Casus in Betreff der 5 Säcke liege nicht vor; doch selbst ein solcher würde den Kläger nicht liberiren.

cf. Erkenntniß des O.-A.-G. Plath c. Heckscher.

Erkannt:

Da durch ein rechtskräftig gewordenes Erkenntniß unter den Parteien ein neues Rechtsverhältniß, gleichsam ein Gesetz in concreto geschaffen wird, von dem keiner Partei eine Abweichung gestattet ist;

cf. l. 12. § 3. Dig. de bonis libertorum,
l. 1. § 56. Dig. de re iudicata,
l. 1. 2. 5. Cod. de re iudicata,
cap. 13. Decret. lib. II. Tit. 27,
Vangerow. Pandekten I. pag. 202.

da nun im Erkenntnisse vom 24. Sept. 1861 die Beklagten nur dazu verurtheilt worden sind, die eingeklagten Bco.ℳ 776. 1. sammt Zinsen &c. zu bezahlen gegen Auslieferung der 19 Säcke Kaffe, dieselben somit ein formelles Recht ge-

wonnen haben, eben nur dann zu zahlen, wenn ihnen nach Maßgabe rechtskräftigen Erkenntnisses von dem Kläger ausgeliefert werde;

da der Kläger demnach keinen Anspruch auf Zahlung machen kann, wenn er seinerseits sich außer Stand setzt, die Bedingung zu erfüllen, an welche das vorliegende Erkenntniß die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung geknüpft hat, es sei denn, daß, wie er behauptet, durante lite die Beklagten in einen Verkauf der Waare für Rechnung der unterliegenden Partei consentirt haben sollten, in welchem Falle ihrem jetzigen Antrage allerdings die exceptio doli obstiren würde;

da aber auch für den Fall, daß Kläger den Beweis seiner Behauptung beklagtischen Consenses in den Verkauf sollte erbringen können, die von den Beklagten dem m. n. Kläger gezahlten Bco℔ 1025. 14 mit Unrecht erhoben sein würden, weil dann vor Feststellung der zu zahlenden Summe erst noch eine Rechnungsablage über den Verkauf der 5 Säcke Kaffe erfolgen mußte, so daß also m. n. Kläger um so mehr zur Rückzahlung der gedachten Bco℔ 1025. 14 unter Zinsvergütung verpflichtet erscheint, als derselbe in seinem Schreiben vom 14. October v. J. für den jetzt eingetretenen Fall die Restitution nicht allein zugesichert, sondern sich für solche selbstschuldig verhaftet erklärt hat;

da dagegen für den Fall, daß Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht sollte erbringen können, Beklagte mit Recht die ihnen lediglich durch den Kläger verursachten Kosten der Reise eines Bevollmächtigten nach Zittau und die dieses Processes verlangen; wogegen der Anspruch der Beklagten auf Ersatz der ihnen aus der Führung des Hauptprocesses entstandenen Kosten in diesem, allein auf dem rechtskräftigen Erkenntnisse sich stützenden Verfahren nicht berücksichtigt werden kann;

> daß m. n. Kläger schuldig sei, innerhalb 8 Tagen sub poena executionis in propria den Beklagten die von denselben ihm gezahlten Bco℔ 1025. 14 zurückzuerstatten und denselben auch die Zinsen auf solchen Betrag vom Tage der geleisteten Zahlung bis zu dem der Rückzahlung zu ersetzen; daß Kläger ferner zu verurtheilen, den Beklagten die aufgewendeten Reise- und Proceßkosten mit 37 ℛ 8 Sgr. und die Kosten dieses Verfahrens innerhalb 8 Tagen s. p. executionis zu erstatten, er wollte und könnte denn, wie er sodann in gleicher Frist, Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, sub poena desertionis zu thun schuldig, den Beweis der von ihm aufgestellten Behauptung antreten, dahin:

> daß Beklagte, selbst oder durch Jemanden, der dazu in Folge genereller oder specieller Vollmacht befugt war, ihn durante lite ermächtigt haben, die streitigen 19 Säcke Kaffe ganz oder theilweise für Rechnung der unterliegenden Partei zu verkaufen,

in welchem Falle dann weiter erkannt werden soll, wie Rechtens.

Für den Fall, daß Kläger den ihm solchergestalt nachgelassenen Beweis antreten sollte, wird demselben hiermittelst auferlegt, bei 15 ℔ Strafe, eine gehörige Abrechnung über den effectuirten Verkauf der 5 Säcke, sowie eine danach modificirte Aufstellung seiner Ansprüche an die Beklagten, diesen alle Gerechtsame dagegen vorbehältlich, zur Akte zu bringen.

Obergericht.

No. 4.

In Sachen A. F. Neubauer gegen August Bolten (cfr. No. 38 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 19) hat das Obergericht am 24. Januar erkannt:

Da der Kläger, wie rechtskräftig feststeht, den Ueberschuß der Connossements-Fracht über die Charteparție-Fracht nur aus einem vom Befrachter abgeleiteten Rechte in Anspruch nehmen kann,

und mithin den Befrachter auch gegen die vom Beklagten erhobenen Gegenansprüche auf Ertheilung von Decharge vertreten muß, und zwar im hiesigen foro, weil beide, Anspruch und Gegenanspruch, auf demselben, hier zur Erledigung gelangten Frachtcontracte beruhen;

da auch die Behauptung des Klägers, er wisse nicht, ob sein Auftraggeber der Ertheilung einer vollständigen Decharge entsprechen oder auf die stipulirte Strafe Anspruch machen wolle, nicht den Effect äußern kann, daß der Kläger vor der Einlassung auf den Gegenanspruch in dessen mehreren Begründungen zu befreien wäre, sondern nur den Effect, daß ihm die zur Einholung genügender Instructionen erforderliche Frist zu gewähren ist:

daß, unter Wiederaufhebung des Erkenntnisses a quo vom 9. December 1861, Beklagter schuldig sei, die eingeklagten Bco℔ 3411. 6 ß gegen Bestellung einer genügenden Caution für die Widerklage zu demselben Belaufe zu bezahlen, in Entstehung der Cautionsbestellung aber gerichtlich zu deponiren, worauf sodann Kläger sich auf die auf Ertheilung vollständiger Decharge erhobene Widerklage in einer vom Handelsgerichte anzusetzenden Frist vollständig **sub poena contumaciae** einzulassen hat.

Wegen der Fassung der eventuellen Decharge, sowie wegen der Fassung eines etwa im weitern Verlaufe der Sache gerichtsseitig anzudrohenden Präjudizes, nicht minder wegen der Zinsen des eingeklagten Capitals bleiben beiden Theilen für jetzt alle Gerechtsame vorbehalten.

Die Kosten der Appellations-Instanz werden compensirt.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 4.

Emil Güssefeld und C. H. Alardus & Sohn gegen August Herz.

(Schluß.)

Auf beklagtische Appellation hat das Oberappellationsgericht zu Lübeck am 28. Decbr. 1861 das Erkenntniß des Obergerichts, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten, bestätigt.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Durch die Vereinbarung unter den Parteien, vermöge derer die Summe von 2343 ℛ︁ℳ︁ zur Auslösung des in Büchen confiscirten Getreides zusammengebracht worden, sei nach Willen und Meinung der Contrahenten ein Societätsverhältniß zu Stande gekommen, gerichtet auf Ausführung eines bestimmten Zweckes durch gemeinsam zu beschaffende Mittel, also eine Specialsocietät. Da man zu jener Zeit noch bemüht war, die Aufhebung der Confiscation zu erwirken, so erscheine die eingezahlte Summe für die Zwischenzeit als Caution; falls es aber bei der Confiscation bleiben sollte, erscheine sie als Aequivalent für die Waare selbst, deren Eigenthum solchenfalls als auf den Lauenburg'schen Zollfiscus übergegangen angesehen werden mußte; sie war also eventuell der Kaufpreis für die rückgekauften Waaren. Wie nun die Uebereinkunft, eine Geldsumme zusammenzuschießen, deren Deponirung als Caution jedem Contrahenten für seinen Antheil den nämlichen Vortheil — die Disposition über die Waare — sichere, unzweifelhaft den Character einer Societät habe, so müsse dasselbe auch rücksichtlich des eventuellen Rückkaufs behauptet werden. Denn die Vereinigung Mehrerer zum Ankauf einer einzelnen Sache könne zwar auch auf einem anderen Rechtsverhältnisse beruhen,

vergl. L. 31—33. Dig. pro socio. (17. 2.) sie sei aber eine wirkliche Societät, wenn deren Voraussetzungen vorliegen,

(L. 5 pr. L. 65 § 2. 4. Dig. eod.)

und dies sei unbedenklich anzunehmen, wenn die Vereinigung darauf hinausgehe, durch die Erwerbung einem jeden der Theilnehmer einen verhältnißmäßigen Gewinn zu verschaffen, und zu diesem Zwecke den Kaufpreis gemeinschaftlich nach einem gewissen Beitragsverhältniß aufzubringen. Ob mit den zusammengebrachten Geldmitteln nur eine Sache gekauft werde, welche bis auf Weiteres gemeinschaftlich werden soll, oder eine Mehrheit von Sachen, deren Vertheilung an die einzelnen Unternehmer schon im Voraus bestimmt ist, die aber nur für einen Gesammtpreis zu haben sind, das könne keinen Unterschied begründen. Der Gewinn bestand aber im vorliegenden Falle darin, daß der wahre Werth des Getreides nach der Ueberzeugung der Betheiligten höher war, als die Taxe der Zollbeamten, und ein getrennter Rückkauf der einzelnen Quantitäten für unthunlich oder doch weniger vortheilhaft angesehen wurde. — Was nun den wahren Inhalt der Vereinbarung betreffe, von deren Auffassung der jetzige Streit abhänge, so stehe fest, daß jeder Interessent nach Maßgabe dessen, was dem Einzelnen confiscirt worden, zu der Gesammtsumme von 2343 ℛ 6 ß beitragen sollte. Um die Höhe dieser Beiträge zu bestimmen, waren zwei Factoren erforderlich, das Quantum des dem Einzelnen confiscirten Getreides und der Geldwerth dieses Quantums. Der Letztere sei vertragsmäßig festgestellt und außer Streites; betreffs des Ersteren frage es sich, ob es Wille der Parteien gewesen, das von der Eisenbahn-Direction angegebene Confiscat jedes Einzelnen als festen Punkt der Berechnung zu Grunde zu legen, ohne Rücksicht auf das wirklich jedem Einzelnen confiscirte Quantum? Nur bei Bejahung dieser Frage könne der handelsgerichtlichen Entscheidung beigetreten werden. Indessen müsse diese Frage unbedenklich verneint werden. Bei ihrer Bejahung würde man annehmen müssen, daß die Interessenten wie bei einem Vergleiche bewußter Weise über das Ungewisse, wie es sich mit dem confiscirten Gesammt-Quantum und dem Antheile jedes Einzelnen daran wirklich verhalte, hätten hinausgehen und an Stelle dieses Ungewissen ein Gewisses setzen wollen, nämlich die von der Eisenbahn-Direction angegebenen Beträge. Dieses aber sei durchaus nicht anzunehmen; denn die Contrahenten glaubten nicht anders, als daß die Angabe der Eisenbahn-Direction dem wirklichen Sachverhalte entspreche, wollten daher auch nichts anderes, als das in Wahrheit einem Jeden Confiscirte zum Factor und Maaßstab der Repartition machen und legten nur deshalb die Angabe der Direction zu Grunde, weil sie dieselbe für die richtige hielten.

Es sei nun bereits in der früheren Prozeßsache der Mitkläger C. H. Alardus & Sohn wider die Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahn hervorgehoben worden, daß die Einschüsse, welche die vier Interessenten zur Aufbringung der Summe von 2343 Thaler an die Eisenbahn-Direction eingehändigt, als Zahlungen anzusehen seien, welche die Interessenten durch Vermittelung der Direction sich unter einander leisteten. Wenn nun gegenwärtig die Kläger verlangen, daß ihnen dasjenige, was sie irrthümlich mehr gezahlt haben, als nach Maaßgabe des ihnen wirklich confiscirten Quantums zu zahlen gewesen wäre, vergütet werde, so handele es sich nur um eine Rectification der irrig berechneten ursprünglichen Einschüsse. Das Verlangen sei nicht etwa auf eine Abänderung des Vertrages gerichtet, sondern solle im Gegentheil das Rechnungsresultat mit dem wahren Inhalt des Vertrages nur in Einklang bringen. Die Klage gehe somit auf Leistung des dem Beklagten nach dem wahren Sachverhalt obliegenden Einschusses, auf Erfüllung des Vertrages, und sei als actio pro socio begründet. Es komme daher auf die anderweit geltend gemachten Klagfundamente nicht an, obwohl die Klage auch als condicto indebiti aufgefaßt werden könnte, indem die Kläger einen gezahlten Mehr-

betrag zurückforderu, welchen sie nach Anwendung des Vertrages auf den wirklichen Sachverhalt nicht schuldig waren, zufolge eines allseitig getheilten factischen Irrthums aber ihren übrigen Contrahenten schuldig zu sein glauben mußten.

Es komme somit nur noch auf die vom Beklagten den Klägern entgegengesetzten Einwendungen an. Derselbe habe sich zunächst darauf berufen, die jetzt fragliche Rectification könne ihm nicht obliegen, weil es sehr dahin stehe, ob er sich zur Auslösung seiner Waaren überhaupt entschlossen haben würde, wenn er so viel mehr als geschehen dafür hätte bezahlen müssen. Dieser Einwand sei unbegründet, da die Erwägung, welche Summe man für das confiscirte Getreide aufwenden wollte, zunächst nur das Verhältniß der Betheiligten zu der Zollbehörde in Büchen betroffen habe und an diesem Verhältnisse durch die Vereinbarung der Betheiligten in der Aufbringung der Gesammtsumme nichts geändert worden sei. Ergab sich, daß für die nach Büchen überschickte Summe weniger Getreide ausgelöst wurde, als man vorausgesetzt hatte, so fehlte es zwischen den Betheiligten und der Zollbehörde an der Willenseinigung über das Auslösungsgeschäft, über den eventuellen Rückkaufspreis der Waaren; die vier Interessenten waren dann nicht daran gebunden und konnten die gezahlte Summe, gegen Rückgabe in das Confiscat, zurückfordern. Es mußte dies selbst jedem Einzelnen für seinen Antheil zustehen, da die gleichzeitige Confiscation der verschiedenen Getreidequantitäten nicht geeignet war, dieselben hinsichtlich der strafrechtlichen Folgen in einen unzertrennlichen Zusammenhang zu bringen. Der zwischen den vier Interessenten geschlossene Societätsvertrag dagegen wurde durch dieses Verhältniß zur Zollbehörde gar nicht berührt; er wäre beendigt worden, wenn das Auslieferungsgeschäft wieder rückgängig gemacht worden wäre, und jeder hätte dann seinen Beitrag zurückerhalten. Die Vereinbarung bezog sich nur auf die Repartition der Summe von 2343 ℛ 6 ß und diese konnte und mußte auf Verlangen ausgeführt werden, möchte man mit Zahlung der Gesammtsumme den im Auge gehabten Zweck definitiv erreichen oder nicht. Um so weniger könne dem Verlangen auf richtige Repartition jetzt ein Hinderniß entgegenstehen, nachdem alle Betheiligte es bei dem Auslösungsgeschäft haben bewenden lassen, trotzdem, daß das Verhältniß der Summe von 2343 ℛ 6 ß zu dem Werthe des wirklich ausgelösten Getreides sich für sie viel ungünstiger gestaltet habe. Insbesondere komme in Betracht, daß der jetzige Beklagte gleich nach Ankunft des Getreides in Hamburg durch die Mitkläger Alardus & Sohn davon benachrichtigt worden, mit welcher geringeren Qualität die Letzteren bei der Auslösung betheiligt seien und wie sich danach die aufgemachte Repartition verändern müsse. Indem der Beklagte sich dem ungeachtet bei der Sache beruhigte und das ihm zugekommene Getreide, wie er selbst anführe, verkaufte, willigte er unzweideutig in die Auslösung desselben für 1245 ℛ 6 ß statt für 895 ℛ 20 ß ein, ohne daß ein Rechtsgrund bestand, welcher die Kläger hätte verpflichten können, diesen Mehrbetrag für ihn aufzuwenden.

Wollte man aber auch berücksichtigen, daß der Beklagte, wenn er sich bei anfänglicher Kenntniß des richtigen Verhältnisses zwischen der Summe von 2343 ℛ 6 ß und dem Werthe des ausgelösten Getreides vielleicht zu der Auslösung nicht entschlossen hätte, dann auch gar nicht zur Eingehung des Societätsvertrages gekommen wäre, oder etwa andere Bedingungen dabei gemacht hätte, so würde dies doch wieder nur auf den schon erwähnten Gesichtspunkt zurückführen, daß für den Beklagten ein Irrthum in den Beweggründen vorgelegen hätte, welcher nicht in Betracht kommen könne. Der Beklagte hat außerdem geltend gemacht, daß er hinsichtlich des confiscirten Getreides nur Commissär von L. J. Löwenthal in Seehausen gewesen sei, es für diesen ausgelöst und demnächst verkauft habe. Da der Beklagte aber nicht behaupte, daß er sich bei der Vereinbarung vom März 1857 als Mandatar eines Dritten zu erkennen gegeben habe, die Kläger also sich an ihn

als ihren Contrahenten zu halten befugt seien, so sei der Einwand der hier begründeten Contracts-Klage oder condictio indebiti gegenüber, offenbar unerheblich.

Die zweite beklagtische Beschwerde, mittelst welcher Beklagter verlange, daß die Verurtheilung auf den Betrag beschränkt werde, welcher für die ihm confiscirten Waaren bei dem nachherigen Verkaufe derselben gelöst worden, erledige sich ebenfalls durch vorstehende Ausführung über die Klagebegründung, indem sie überhaupt nur dann in Betracht kommen könnte, wenn das Klagfundament in einer Bereicherung des Beklagten gefunden werden müßte.

No. 5.

In Sachen C. F. Mielke gegen Abraham Müller (cf. No. 34 der „Gerichts-Zeitung," Niedergericht No. 10) hat das Oberappellationsgericht am 20. Januar erkannt:

in Erwägung — — — — — — — — —
— — — — — — — — — — — — — —

daß als Gegenstand der beklagtischen Appellation lediglich die Frage erübrigt, ob das Obergericht den Einrede-Beweis mit Recht in Wegfall gebracht habe, welcher in erster Instanz dem Beklagten über die anderweit vor Ziehung erster Classe erfolgte Begebung derjenigen Achtel des Looses No. 19365, welche er geständig zur 238. Lotterie in seiner Collecte gehabt hat, nachgelassen war;

nun aber an sich zwar dem Kläger der ungünstige Ausfall seines Spiels in der 237. Lotterie nur auf irgend ein Freiloos zur ersten Classe der nachfolgenden Lotterie ein Recht gab, indessen doch vorliegend, insofern, die Erbringung des klägerischen Beweises vorausgesetzt, feststände, daß Beklagter direct und speciell die, von gar keiner Gegenleistung des Klägers abhängige Lieferung des Freilooses in einer bestimmten, überdies auch in seiner Collecte eingestandenermaaßen befindlich gewesenen Nummer zugesagt habe, gar kein Zweifel darüber bestehen kann, daß dem Kläger trotz Nichtlieferung auf die Chance des betreffenden Looses ein Anrecht und für den darauf gefallenen Gewinn ein wohlbegründeter Anspruch gegen den Beklagten als Collecteur zustand, und dieser, da er nicht durch Nachweis eines unabwendbaren Zufalls die Nichterfüllung seiner Zusage völlig zu exculpiren vermocht oder auch nur versucht hat, für alle daraus dem Kläger erwachsenen Nachtheile verantwortlich, und dieselben durch Zahlung des auf das nichtgelieferte Loos gefallenen Gewinnes zu ersetzen gehalten sei, gleichviel ob jenes Loos sich noch in seinen Händen befinde, oder wie, wann und in welcher Veranlassung er dasselbe anderweit abgesetzt haben möge; daß diesem Allen nach

die Verwerflichkeit der beklagtischen Appellation völlig klar, auch zur Compensation der weiter erwachsenen Kosten kein Grund erfindlich war;

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 16. Juli 1860 lediglich, unter Verurtheilung Beklagtens in die Kosten jetziger Instanz, zu bestätigen sei.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 6. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 8. Februar. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Kallmes c. Brandt. — Oberappellationsgericht: Schütt c. Reimers. — Dr. Schröder c. Hünicken.

Handelsgericht.

No. 11.

Erste Kammer. Audienz v. 30. Januar 1862.
Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Blume und Schuldt.

J. Kalmes jr. (Dr. D. Hertz) gegen Chr. Ernst Brandt (Dr. L. Noack).

Kläger verlangt Bco℔ 500 — als Betrag einer von M. Behr auf den Beklagten ausgestellten Anweisung, Inhalts deren Beklagter jenen Betrag an die Vereinsbank Ordre des Klägers abschreiben sollte. Kläger habe diese Anweisung dem Beklagten selbst am 24. Jan. übergeben, und Letzterer sie unter der Erklärung; „es sei alles in Ordnung" angenommen, später aber dennoch nicht abgeschrieben.

Beklagter producirt als Anlage A. den vom Kläger erwähnten Schein, der ihm von einem männlichen Individuum, welches er durchaus nicht kannte, überbracht worden sei. Er habe zwar bei Annahme des Scheins gesagt: „es sei alles in Ordnung", da aber später der Aussteller desselben, M. Behr, bei ihm persönlich seinen Auftrag revocirte, habe er in Folge dessen die Bco℔ 500 nicht abgeschrieben. Die Anl. A. sei nun ersichtlich keine Anweisung, sondern ein gewöhnlicher Abschreibezettel für den Geldwechsler, bei welchem von den Consequenzen einer Anweisung nicht die Rede sein könne. Er bestreite übrigens, daß der Ueberbringer Kallmes jr. selbst gewesen, oder doch wenigstens, daß er (Beklagter) gewußt, daß Kallmes jr. ihm den Schein überbracht. Er habe den Ueberbringer vielmehr für einen Beauftragten des Behr ansehen müssen, und sei durchaus nicht gemeint gewesen, dem Kläger gegenüber eine Erklärung zu geben. Da nun aber Behr später seinen Auftrag revocirte, so sei er selbstverständlich nicht einmal berechtigt gewesen, die Bco℔ 500 abzuschreiben. Er bitte daher um Abweisung der Klage, da zwischen ihm und dem Kläger jeder obligatorische Nexus und somit auch jeder Klagegrund fehle.

Kläger erwidert: Solche Anweisungen wie die vorliegende kämen tagtäglich vor, und wenn der Geldwechsler auf eine solche hin sage, es sei alles in Ordnung, so sei er dem Ueberbringer gegenüber zum Abschreiben verpflichtet. Beklagter hätte daher den Widerruf des Ausstellers nicht berücksichtigen dürfen, ohne sich vergewissert zu haben, daß ihm die Anweisung von Behr und nicht von Kallmes jr. präsentirt sei. Er erbiete sich eventuell zum Beweise, daß Kallmes jr. wirklich der Ueberbringer gewesen.

Erkannt:

da Beklagter, welchem in der Anlage A. von Martin Behr der Auftrag ertheilt ward, Bco℔ 500 an die Vereinsbank für den Kläger abzuschreiben, einräumt, daß er demjenigen, welcher ihm diese Anlage überbrachte, den Bescheid: „es ist in Ordnung" ertheilt habe;

da nun, wenn Kläger derjenige gewesen sein sollte, der dem Beklagten diese Anlage überbrachte, und wenn ferner Beklagter gewußt haben sollte, daß Kläger der Ueberbringer sei, in der angeführten Aeußerung des Beklagten ein dem Kläger ertheiltes Versprechen gefunden werden müßte, ohne Rücksicht auf einen später etwa erfolgenden Widerruf des Behr die Bco℔ 500 für den Kläger an die Vereinsbank zu zahlen, und zwar deshalb, weil Beklagter, wiewohl die Anlage A. nicht die Form einer Anweisung hat, dennoch unter den obigen Voraussetzungen hätte annehmen müssen, daß Behr durch die Aushändigung der Anlage A. an den Kläger diesen habe in den Stand setzen wollen, sich das Versprechen der Zahlung von ihm, dem Beklagten, ertheilen zu lassen,

Vgl. Heise und Cropp, Abhandlungen Band 2 No. XIII. § 5;

da nun aber Beklagter den Ueberbringer der Anlage A. nicht für den Kläger, sondern für einen Boten des Behr gehalten haben will und es auch in Abrede stellt, daß ihm der Kläger von Person bekannt sei, Kläger daher jedenfalls den Beweis erbringen muß, daß er es gewesen sei, der dem Beklagten die Anlage A. zustellte;

da jedoch auch dann in der vom Beklagten bei Entgegennahme der Anlage A. gemachten Aeußerung ein dem Kläger ertheiltes Versprechen nicht gefunden werden könnte, wenn Beklagter den Kläger damals nicht erkannt haben sollte, da er in diesem Falle gar nicht die Absicht gehabt haben würde, dem Kläger gegenüber eine Verpflichtung zu übernehmen, die Beweislast aber auch in dieser Beziehung den Kläger trifft, und zwar aus dem Grunde, weil, wie erwähnt, die Anlage A. nicht die Form einer Anweisung hat, sondern nur als ein Zahlungsauftrag erscheint, solche Zahlungsaufträge aber in der Regel von dem Aussteller dem mit der Leistung der Zahlung Beauftragten zugestellt werden, Beklagter daher, wenn ihm der Ueberbringer der Anlage A. unbekannt war, keine Veranlassung hatte, sich nach dessen Person zu erkundigen, vielmehr es dem Kläger obgelegen hätte, sich als denjenigen, dem die Zahlung geleistet werden solle, zu erkennen zu geben,

daß Kläger sowohl den Beweis,

daß er es gewesen sei, der die Anlage A. dem Beklagten überbracht hat,

als auch den Beweis,

daß Beklagter damals gewußt habe, daß er, Kläger, der Ueberbringer sei,

zu führen, und diese Beweise — dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — innerhalb acht Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses, bei Strafe des Beweisverlustes, anzutreten habe.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 6.

F. C. Schütt (Dr. Sieveking) gegen G. A. Reimers in Vollmacht der Assecuranz-Union und Consorten (Dr. Wolffson).

Kläger hat auf das ganze Casco, Masten, Segel, Anker, Ammunition, Victualien und alle ferneren Geräthschaften und Zubehör des Schiffes „F. C. Schütt" Bco℔ 14,000 vom 28. December 1858 bis zum 27. December 1859 bei dem Beklagten versichert. Das Schiff ist am 30. August 1859 auf seiner Reise von Troon an der schottischen Küste nach Bahia unweit Turnberry Point total verunglückt. Die aufgemachte Dispache hat die nachstehenden 5 Pöste theils außer Acht gelassen, theils als die Assecuradeurs nicht treffend betrachtet:

	£	sh.	d.
1) Ausgaben für die Rettung der Mannschaft	6 £	— sh.	— d.
2) Beköstigung, Monatsgeld und Rückbeförderung von Capitain und Mannschaft nach Hamburg	50 „	8 „	8 „
3) Commission und Auslagen des Consulats in Glasgow ..	6 „	6 „	10 „
4) Arbeitslohn für die Bergung der Schiffstrümmer......	2 „	5 „	— „
5) 8 mit den Schiffstrümmern in Auction verkaufte Conserves, welche Privateigenthum des Klägers waren und daher mit Unrecht zum Auctionsprovenüe gezogen sind ..	— „	8 „	3 „
Zusammen..	65 £	8 sh.	9 d.

Diese sämmtlichen Pöste seien aus dem Auctionsprovenüe der Schiffstrümmer bezahlt worden und mithin der den Assecuradeurs zu Gute kommende Reinertrag der Auctionsgelder um den Belauf derselben in der Dispache zu hoch angesetzt worden. Da aber jene Beträge nach der Behauptung des Klägers dem Cascoversicherer zur Last fallen, so geht sein Antrag dahin, den Beklagten in die Bezahlung des auf ihn fallenden Antheils von Bco℔ 173 zu verurtheilen, eventuell, falls der Letztere vorgängige Verweisung an den Dispacheur verlangen sollte, unter Entscheidung der principiellen Frage dahin, daß jene Pöste von demselben pro rata seiner Versicherung zu tragen seien, diese Verweisung anzuordnen.

Der Beklagte entgegnet: Die Klage sei angebrachtermaßen abzuweisen, da Kläger der handelsgerichtlichen Praxis zufolge vor Anstellung derselben behufs Aufmachung einer salvo jure Dispache hätte suppliciren müssen. Eventuell sich einlassend bestreite er, daß die Pöste sub 1 und 2 von ihm zu tragen seien, da er als Cascoversicherer lediglich den Schiffskörper versichere, und die fraglichen Posten usancemäßig ganz außerhalb des Kreises des ihn treffenden Risicos seien. — Der dritte Posten bestehe aus 2 Theilen a) Correspondenz des Consulats in Glasgow 6 sh. 7 d., diesen bestreite er, b) Provision des Consulats in Glasgow mit £ 6 — sh. 3 d. Der Bergungsort sei aber nicht Glasgow sondern Girvan gewesen; an diesem letzteren Orte seien die Incassos gemacht. Es sei feste Usanz, daß Provision an dritten Plätzen — schon ihrer Unberechenbarkeit wegen — den Assecuradeurs niemals zur Last gebracht werde. In Betreff des Postens sub 4) verlange er Justification; den Posten sub 5) anlangend, so sei es nicht klar, wie das Privateigenthum des Klägers von dem sonstigen Schiffs-Zubehör zu scheiden sei. Die Conserves gehörten zu den mitversicherten Victualien und komme daher ihr Provenüe mit Recht den Assecuradeurs zu Gute.

Der Kläger replicirt: Der Versicherte könne, falls er sich bei der aufgemachten Dispache nicht beruhigen wolle, entweder um Aufmachung einer andern salvo jure Dispache suppliciren, oder sofort gegen den Assecuradeur klagbar werden. Das letztere sei namentlich dann zu empfehlen, wenn — wie hier — mehrere Principien streitig seien, da sonst möglicherweise die Aufmachung einer dritten Dispache nöthig werde. Die handelsgerichtliche Praxis stehe damit in Einklang. cf. Erk. in Sachen Sloman c. Mohrmann 1842, Schwartz Gebr. c. Brödermann 1839, Dr. Haller c. Balcke 1840. — Die materiellen Einwendungen des Beklagten betreffend, so handle es sich bei dem hauptsächlich bestrittenen Posten sub 2 nicht darum, ob derselbe das Leben und das Wohl der Mannschaft betreffe, sondern vielmehr: ob die dort geforderten Kosten unter die Kosten und Schäden fielen, welche sich in Folge eines Seeunfalls ereignet haben, der den versicherten Gegenstand betroffen habe. Nun seien aber die Auslagen für die Mannschaft incl. der Rückbeförderung ein lediglich durch den Seeunfall, welcher das Schiff betroffen habe, herbeigeführter Verlust, da nach der Seemannsordnung Art. 24 und 25 in Fällen wie der vorliegende der Rheder gar nicht verhaftet sei, sondern nur ein Anspruch der Mannschaft an die Schiffstrümmer entstehe. Die fraglichen Auslagen seien daher auch vom Cascoversicherer, nicht, wie wohl die gegnerische Ansicht sei, vom Frachtversicherer zu tragen; das letztere würde nur dann anzunehmen sein, wenn die Mannschaft für ihre Ansprüche nur auf die Fracht angewiesen wäre, während nach dem erwähnten hamburgischen Gesetze die Mannschaft, falls das Schiff verunglücke, sich für ihre Gage von der Zeit an, wo das Schiff zuletzt Ladung eingenommen oder gelöscht habe, sowohl an das Schiff oder den Erlös daraus, als an die Fracht zu halten habe, an das erstere also insbesondere dann, wenn, wie hier, gar keine, nicht einmal eine Distanzfracht gemacht sei. Uebrigens sei der größere Theil des Postens 2. aufgewandt zur Zeit als Mannschaft und Capitain bei der Bergung, dem Verkauf und der Aufmachung der Havariepapiere, also im Interesse der Assecuradeurs, thätig waren. Das Provenüe des Schiffes sei demnach um den entsprechenden Betrag vermindert, das Recht der Mannschaft an diesem Provenüe eine unmittelbare Folge des Seeunfalls, welcher das Schiff getroffen habe, und somit der fragliche Abzug dem Cascoversicherer zur Last zu bringen. — Dasselbe gelte von dem Posten 1. Auch diese Forderung hafte auf dem Schiffe und sei deshalb vom Cascoversicherer zu tragen. Den Posten sub 3. betreffend, so seien Commission und Auslagen des Consulats in Glasgow nothwendige mit der Einziehung des Provenües verbundene Kosten gewesen und deshalb

vom Reinertrag des Schiffes abzuziehen. In Betreff der Posten sub 4. und 5. werde er resp. Justification und Beweis zu liefern haben. — Die ad 1. und 2. vom Beklagten behauptete Usance dürfe, da dieselbe ihrem Gegenstande nach völlig unbestimmt sei, dem Gegner nicht zum Beweis verstellt werden. Daß eine solche nicht existire, gehe schon daraus hervor, daß ganz ähnliche Kosten, wie die bestrittenen, in die Dispache aufgenommen worden seien, z. B. Beförderung der Mannschaft nach Girvan und nach Glasgow.

Der Beklagte erwidert: Die gegnerischen Ausführungen über das Verhältniß der Mannschaft zum Casco und zur Fracht gehörten nicht hierher, sondern es handele sich (betreffend die Posten sub 1 und 2.) lediglich um die Frage, was der Cascoversicherer versichere und ob in dieser Versicherung die Kosten für Rettung, Beköstigung und Gagirung der Mannschaft enthalten seien. Wenn der Kläger bei der Beantwortung dieser Frage davon ausgehe, daß der Casco-Assecuradeur für die Folgen des Untergangs des Cascos verantwortlich sei, so würde das die Consequenz haben, daß derselbe zugleich auch Versicherer der Fracht, der Ladung und des Lebens der Mannschaft wäre, in Wahrheit hafte derselbe aber nur für die Folgen des Seeunfalls an dem versicherten Gegenstande, also am Schiffskörper, nicht auch für jedes andere mit dem Schiffsuntergange vielleicht verbundene Interesse. Ebensowenig sei es richtig, daß die fraglichen Ausgaben aus dem geretteten Wrack gemacht seien, daß dieses dafür Schuldner und dieselben daher vom Cascoversicherer zu tragen seien; denn die betreffende Verpflichtung sei eine persönliche Schuld des Rheders aus dem Heuercontracte, welche nur im Falle des Schiffsunterganges auf die Schiffstrümmer beschränkt werde. — Wenn der Kläger zur Rechtfertigung des Postens 2. sich darauf berufe, daß die Mannschaft bei der Bergung thätig gewesen, so liege dieser Gesichtspunkt der Klage nicht zu Grunde; es sei dies ferner nicht bewiesen und würde endlich gleichgültig sein, da die fraglichen Kosten (Beköstigung der Mannschaft u. s. w.) nicht besonders durch die Bergung veranlaßt, sondern vielmehr solche seien, die den Rheder auch ohnedies getroffen haben würden. — Die Berufung des Klägers darauf, daß die Dispache dem Versicherer ähnliche Posten, wie die sub 2. zur Last gebracht habe, sei nicht zutreffend, da dies nur solche seien, die zur Regulirung der Assecuranz nothwendig gewesen seien. — Den Posten sub 3. betreffend, so sei es Sache der Versicherten, das Auctionsprovenüe einzuziehen und daher von ihm die Kosten der Uebermittlung nach Hamburg zu tragen; es werde dies als feste Usance auf dem Dispachecomptoir beobachtet.

Die zweite Kammer des Handelsgerichts, (Präses: Herr Dr. Weber, Richter: die Herren Behn und Krönig) erkannte am 27. Juni 1860:

daß die Klaganstellung formell nicht zu beanstanden, weil es im vorliegenden Fall bei Anfechtung der bereis aufgemachten Dispache zweckmäßig erscheint, daß vor einer eventuellen Rückverweisung behufs Abänderung der Dispache an das Dispache-Comptoir das Gericht über die Streitpunkte entscheide,

und in der Sache selbst:

da sowohl der Hülfslohn für Rettung der Schiffsmannschaft als auch speciell auf Grund Art. 25 der revidirten Seemanns-Ordnung die seit dem letzten Abgangshafen verdienten Monatsgelder und ferner die Unkosten für Beköstigung und Rückpassage der Mannschaft ohne eine persönliche Haftungspflicht der Rhederei ausschließlich auf die geretteten Trümmer des verunglückten Schiffes angewiesen sind,

da also die vorstehenden Unkosten nicht nur einen unmittelbar aus der Verunglückung des Cascos entstandenen Schaden bilden, sondern auch überhaupt nach einmal stattgehabtem Unfall nur deshalb haben zur Geltung gebracht werden können, weil Schiffstrümmer geborgen worden sind,

da folglich die Rettung der fraglichen Trümmer nur mit den vorstehendermaaßen darauf haftenden Lasten beschafft worden ist und demgemäß das Netto-Auctionsprovenue um den Betrag jener Unkosten geschmälert wird,

da ferner, wenn obige Kosten zu Lasten der Versicherer fallen, auch kein Grund erfindlich, weshalb die in der angefochtenen Dispache von den Auslagen der Consulatsrechnung abgesetzten 6sh. 7d. von dem dem Kläger zu leistenden Ersatze ausgeschlossen bleiben sollten,

da auch die in Glasgow berechnete Commission in einem Falle, wie der vorliegende ist, dem Kläger ersetzt werden muß, weil eine directe Remittirung der von Jenem einzuziehenden Provenues

von Girvan aus nicht wohl thunlich und der eingeschlagene Weg völlig sachgemäß war, in dieser Beziehung auch den Beklagten ein Beweis über die von ihnen behauptete, der Dispache zur Seite stehende Usance, daß nämlich Provisionen für Remittirung von dritten Plätzen nicht von dem Versicherer dem Versicherten ersetzt würden, nicht nachzulassen, weil eine so generelle Usance nicht rationell sein würde und vielmehr in jedem einzelnen Fall die Zweckmäßigkeit des Verfahrens zu entscheiden hat,

da endlich bezüglich der sub 4 und 5 der Klage geforderten Pöste resp. Justification und Beweis vom Kläger zu erbringen ist, daß die in quanto nicht bestrittenen Pöste von £ 6. — für Rettung der Mannschaft, £ 50. 8 sh. 8 d für Kost, Monatsgelder und Rückbeförderung derselben, 6 sh. 7 d für Auslagen des Consulats und £ 6. — sh. 3 d für Commission in Glasgow den Beklagten pro rata ihrer gezeichneten Versicherungssumme zu Lasten zu bringen, übrigens aber ratione £ 2. 5 sh.

daß Kläger die Justification dieses Postens der Anlage 4 dahin, daß diese Kosten für Arbeitslohn bei der Bergung der Schiffstrümmer verausgabt worden,

so wie ferner, daß Kläger den Beweis:

daß die laut Auctionsprotocoll für 8 sh. 3 d. realisirten 8 tins und 8 jars oder wie viele davon Privateigenthum des Klägers gewesen und nicht einen Theil der Schiffsprovision gebildet haben,

Beklagten in beiden Beziehungen, Gegenbeweise vorbehältlich, innerhalb 8 Tage sub poena desertionis anzutreten habe.

Und soll nach Erledigung der vorstehenden injuncta wegen Rückverweisung der Sache an den Herrn Dispacheur behufs Abänderung der Dispache so weit dann erforderlich weiter erkannt werden.

Gegen dieses Erkenntniß legte der Beklagte das Rechtsmittel der Appellation beim Obergericht ein, und erkannte dasselbe unter dem 28. Septbr. 1860:

Da das Pfandrecht, kraft dessen Capitain und Mannschaft bei Condemnation des Schiffes für Gage, Aufenthaltskosten und Rückbeförderungskosten aus dem Erlöse des Wracks und dessen Zubehörungen zu befriedigen sind, seinen Ursprung in den Heuer-Contracten findet; und da mithin den Assecuradeurs die Abzüge nicht zur Last gebracht werden dürfen, welche das Provenüe des versicherten Gegenstandes dadurch erleidet, daß aus demselben Pfandrechte befriedigt worden, welche der Versicherte den Berechtigten an dem versicherten Gegenstande einräumte;

da indessen vom Kläger eventuell behauptet worden ist, die Gage-Zahlung an die Mannschaft für die 5 Tage vom 30. August bis zum 3. September, sowie die Kosten für den Aufenthalt des Schiffers und der Mannschaft — welche Beträge zusammen in der Specification zu £ 31. 2. 4. berechnet werden — seien den Assecuradeurs nur deshalb zu belasten, weil diese Verwendungen in ihrem Interesse gemacht worden, um die Bergung und den Verkauf des Wracks und der Zubehörungen, sowie die Abnahme der Verklarung zu ermöglichen; da auch diese Behauptung in Betreff der Gage dadurch unterstützt wird, daß die Mannschaft nicht für die ganze, ihr vom Tage der vollendeten Entlöschung oder des Beginnes der Ladung in Groon gebührende Gage, sondern nur für diejenigen 5 Tage aus dem Erlöse befriedigt worden ist, welche sie vom Tage des Unfalls, dem 30. August, bis zum Tage der Beeidigung der Verklarung, dem 3. September, unfern vom Orte des Unfalles zubrachte, während die beanspruchten Aufenthaltskosten einen weiterreichenden Zeitraum umfassen;

da über die, auf diese eventuelle Behauptung gestützte Berechnung der Specification und über deren Consequenzen noch nicht vollständig verhandelt und vom Handelsgerichte noch nicht erkannt worden ist, weil diese Frage vom Standpunkte des Handelsgerichtes aus für irrelevant erachtet wurde;

da die für die Rettung der Mannschaft verausgabten £ 6. die Assecuradeurs des Casco nicht concerniren, weil auch die Deckung dieser Kosten aus den Schiffstrümmern lediglich auf dem Heuercontracte beruht, zufolge dessen der Rheder im Falle des Schiffbruchs die Rückbeförderung der Mannschaft in ihre Heimath, also auch vor allen Dingen ihre Rettung als ersten Schritt von jener, aus dem Geborgenen zu prästiren schuldig ist;

da die aus den Consulats-Auslagen der Rhederei vom Dispacheur mit einem Viertheile zur Last gebrachten £ — 6 sh. 7 d. derselben mit Recht belastet worden sind, weil jedenfalls ein Theil jener Auslagen sich auf die die Assecuradeurs nicht angehende Rückbeförderung bezieht;

da die handelsgerichtliche Entscheidung wegen der Commission der Glasgower Remittenten (£ 6.), sowie die beiden handelsgerichtlichen Beweisauflagen wegen der £ 2. 5. und £ — 8 sh. 3 d. vollkommen richtig sind,

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 27. Juni d. J. zwar in Betreff der Entscheidungen über die £ 6., £ 2. 5. und £ — 8 sh. 3 d. zu confirmiren, im Uebrigen aber wiederum aufzuheben und die vom Erkenntnisse a quo dem Kläger zugesprochenen Pöste von £ 6. für Rettung der Mannschaft, £ — 6 sh. 7 d. für Auslagen des Consulats und aus dem Posten von £ 50. 8. 8. die geständlich in demselben enthaltenen £ 19. 6. 4. für Rückbeförderung schon jetzt dem Kläger abzusprechen, wegen der in diesem letztern Posten von £ 50. 8. 8. enthaltenen £ 31. 2. 4. aber die Sache zur weiteren Verhandlung und demnächstigen Entscheidung — eventuell nach eingeholtem Berichte des Dispacheurs — mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Die Kosten der Appellations-Instanz werden compensirt.

(Schluß folgt im nächsten Blatte.)

No. 7.

Dr. Octavio Schröder m. n. Max Gotti in Antwerpen, gegen Julius Hünicken als Associé des Handlungshauses Hünicken Bahr & Co. in Valparaiso (Dr. Arning).

Der Kläger hat im Jahre 1858 das Schiff Göttingen von Antwerpen nach Valparaiso gechartert und dasselbe betreffs der Ausfracht an Merslé & Co. in Valparaiso consignirt, betreffs der Rückfracht aber, unter Einsendung der Charterpartie, zur Disposition seiner mehrjährigen Correspondenten Hünicken Bahr & Co. in Valparaiso gestellt, mit dem Auftrage, dasselbe für klägerische Rechnung zu befrachten. Dieser Auftrag erreichte die beklagtische Firma Mitte December 1858, während das Schiff, wie der beklagtischen Firma bekannt, am 14. October seine Reise angetreten hatte, mithin demnächst in Valparaiso anlangen mußte. Die beklagtische Firma verweigerte indessen durch Schreiben vom 14. December die Annahme dieses Auftrags, obwohl der Kläger nach seiner Behauptung zu jener Zeit nicht mehr im Stande gewesen, anderweitige Dispositionen für die Rückfracht zu treffen. — In Folge dessen hat den Kläger an Ueberliegegeldern, an geringerer Frachteinnahme 2c., nach seiner Berechnung ein Schaden von 453 £ getroffen, dessen Ersatz er von der beklagtischen Firma verlangt, da dieselbe ihm durch unzeitige Ablehnung des ertheilten Mandats widerrechtlicher Weise diesen Schaden zugezogen habe; und zwar richtet der Kläger sein Gesuch dahin, den seiner Angabe nach in Hamburg ansässigen Mitinhaber der beklagtischen Firma in obigen Betrag zu verurtheilen.

Der Beklagte wendet ein: Er habe sich auf die vorliegende Klage vor dem Hamburgischen Gerichte nicht einzulassen, opponire daher lediglich die Einrede der Incompetenz. Nicht nur der Kläger selbst sei ein Fremder, sondern auch er, Beklagter, sei kein Hiesiger, sei nicht Bürger, halte sich hier nur zeitweilig auf; die beklagtische Firma aber sei der Hamburgischen Jurisdiction in keiner Weise unterworfen. Das der Klage zu Grunde liegende Geschäft endlich berühre, wie die Klage ergebe, Hamburg in keiner Weise, weder sei hier der Ort des Contracts, noch Ort der Zahlung, die Competenz des Handelsgerichts also ersichtlich aus keinem Grunde zu deduciren. Er selbst sei von den der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen gar nicht unterrichtet und nicht verpflichtet, die überseeische Firma in dieser Sache hier zu vertreten, dieselbe werde dem Kläger in Valparaiso jedenfalls selbst Rede stehen. Im schlimmsten Falle müsse er um Frist zur Einlassung bitten.

Der Kläger entgegnet: Der Beklagte persönlich sei in Hamburg seßhaft, halte sich hier seit Jahr und Tag auf, besuche hier die Börse und leite von hier aus das ganze überseeische Geschäft. Beklagter sei demnach als hier domicilirt zu betrachten. Der hiesige Associé einer auswärtigen Firma aber sei, wenn sein Haus

selbst vergeblich interpellirt worden, zur Vertretung desselben vor hiesigen Gerichten verpflichtet, wie dieses in mehrfachen Präjudicaten ausgesprochen sei; so in Sachen Dris. Petersen c. Witt vom Jahre 1848 und Telge c. Hartwig und Apel vom Jahre 1858.

Der Beklagte erwidert: Er sei keineswegs auf Grund seines hiesigen Aufenthaltes als hier domicilirt zu betrachten; doch auch, wenn er hier domicilirt sein sollte, sei er zur Vertretung der überseeischen Firma nicht verpflichtet; die jenseits angeführten Präjudicate beträfen ausschließlich Fälle, in denen der Associé eines auswärtigen Hauses Hamburger Bürger gewesen; diese Entscheidungen seien aber nicht auf Fälle auszudehnen, in welchen es sich nur um einen hier domicilirten Associé handelte; seinerseits berufe er sich auf ein Erkenntniß in Sachen Dr. Eckermann c. Wille.

Das Handelsgericht (Präses: Hr. Dr. Lehmann; Richter: die Herren Helmcke und Schuldt) erkannte am 19. April 1860:

Da der Beklagte nicht zu bestreiten vermocht, daß er seit Jahr und Tag sich in Hamburg als dem regelmäßigen Mittelpunct seines häuslichen und bürgerlichen Daseins und Verkehrs niedergelassen hat, so daß der Gerichtsstand des Domicils unzweifelhaft für alle Klagen gegen ihn hieselbst begründet ist;

da er ferner als Associé des Handlungshauses Hünicken Bahr & Co. in Valparaiso für alle Verbindlichkeiten dieser Handelsgesellschaft solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen aufzukommen hat, er aber in solchem Verhältniß nicht anders zu beurtheilen ist, als ein Bürge jenes Etablissements, wenn solches der eigentliche Hauptschuldner ist;

da auch der Gläubiger mit Uebergehung des Hauptschuldners sich an den Bürgen halten kann, wenn jener difficilioris conventionis erachtet werden muß, sobald nur versucht ist, die geforderte Leistung vorgängig, jedoch ohne Klagerhebung, an dem Orte des Etablissements der eigentlich schuldigen Gesellschaft zu erlangen, wie denn in Anwendung der Justinianischen Novel. IV cap. 1 die Ausbildung unsers heutigen Rechtes gegen hiesige Associés auswärtiger Etablissements zu finden ist;

da nun die Anlage 8 bezeugt, daß eine genügende Interpellation des beklagtischen Etablissements in Valparaiso Statt fand, und nicht bezweifelt werden kann, daß für den europäischen Gläubiger die Anstrengung einer Klage in Amerika mit größeren Schwierigkeiten verknüpft ist, als eine Proceßführung in Hamburg;

da aber das beklagtische Fristgesuch nach Sachlage nicht als unbegründet abzuweisen ist;

daß unter Verwerfung der Einrede der Incompetenz Beklagtem die gebetene sechsmonatliche Frist zur hauptsächlichen Handlung, jedoch pro omni et sub poena contumaciae et agniti zu gestatten,

und hat der Beklagte dem mandatario nomine Kläger die Terminkosten zu ersetzen.

Auf beklagtische Appellation erkannte das Obergericht am 21. Mai 1860:

da die Klage sich auf ein lediglich direct zwischen dem klägerischen Mandanten in Antwerpen und dem beklagtischen Handlungshause in Valparaiso verhandeltes Verhältniß bezieht und dafür der beklagtische Associé dieses Hauses, welcher nicht hiesiger Bürger ist, selbst wenn es feststände, daß er hier sein festes Domicil hätte, bei unbestrittenem Fortbestehen des Hauses in Valparaiso nicht vor hiesigen Gerichten zu Recht zu stehen gezwungen werden kann:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 19. April d. J. wieder aufzuheben und mand. noie Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten erster Instanz, auf Grund der exceptio fori incompetentis mit seiner Klage von hier abzuweisen.

Auf klägerische Appellation hat das Oberappellationsgericht zu Lübeck am 19. Januar 1862 erkannt:

daß das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 21. Mai 1860, wie hiemit geschieht, wieder aufzuheben, und der Kläger vorerst in einem vom Handelsgerichte anzuberaumenden Termine, salva reprobatione, zu beweisen schuldig sei:

daß der Beklagte zur Zeit der Erhebung der gegenwärtigen Klage sein Domicil in Hamburg gehabt habe.

Die Kosten der ersten Instanz bleiben noch ausgesetzt, während die der zweiten und dritten Instanz compensirt werden.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

Es habe zunächst die Frage, ob Beklagter, wenn er in der That zur Zeit der Klageanstellung in Hamburg domicilirt gewesen, sich auf die Klage einzulassen schuldig sei, vom Obergerichte abweichend, bejaht werden müssen. Ob jeder einzelne Socius für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch zu haften habe, könne hier unerörtert bleiben, es bedürfe hier nur der Hervorhebung, daß es für die Haftung des einzelnen Socius nicht darauf ankomme, ob er selbst direct mit dem Gläubiger contrahirt habe. Der Beklagte stütze nun seine Weigerung darauf, daß der Gläubiger einer Handelsgesellschaft nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht habe, bestrittene Ansprüche gegen die Gesellschaft zunächst gegen die Firma selbst

am Orte ihrer Niederlassung einzuklagen, und erst, wenn sie auf diesem Wege liquid gemacht und unbefriedigt geblieben, sich an den einzelnen Socius zu halten. Nun habe zwar diese Auffassung in einigen neueren Gesetzgebungen Einlaß gefunden, lasse sich aber für das allgemeine Handelsrecht als begründet nicht anerkennen, wenn sie auch hier einzelne Vertheidiger gefunden habe, z. B. Beseler (Privatrecht S. 292) und Brinckmann (Handelsrecht S. 140). Sobald man annehme, daß eine offene Handelsgesellschaft nur aus einer Mehrheit von physischen Personen bestehe, welche gemeinschaftlich Handelsgeschäfte treiben, so folge daraus, daß jeder Dritte, dem eine Forderung gegen die Gesellschaft zustehe, dadurch zugleich auch Gläubiger jedes einzelnen Gesellschafters werde — welchen Umfang man auch der Haftung des einzelnen Socius geben möge — und daß der Gläubiger gegen jeden einzelnen Socius, soweit es dessen Haftung mit sich bringe, klagend auftreten könne. Ein Recht des einzelnen Socius, jede Einlassung auf den Proceß, unter Verweisung des Gläubigers an die Firma, zu verweigern, würde nur denkbar sein, wenn die in der Firma repräsentirte Gesammtheit ein besonderes, von den einzelnen Theilhabern zu unterscheidendes Rechtssubject bildete. Denn nur dann ließe sich die völlig gleiche Stellung der Socii mit der Annahme einer principalen Haftung Aller und einer subsidiarischen des Einzelnen vereinigen, während die Unterscheidung eines besonderen, zunächst anzugreifenden Gesellschafts-Vermögens — so sehr dieses auch thatsächlich in der Regel dasjenige sein wird, aus welchem die Befriedigung der Gläubiger zunächst erfolgt — juristisch zu diesem Resultate nicht führen könne, weil das Gesellschaftsvermögen eben nur aus Theilen des Vermögens der einzelnen Socii besteht. Für die Auffassung der die Gesammtheit repräsentirenden Firma als eines fingirten Rechtssubjectes, möge man dasselbe unter den Begriff einer juristischen Person subsumiren, oder einen anderen Ausdruck dafür wählen, fehle es aber im gemeinen Rechte an jedem haltbaren Grunde. Dem geschriebenen Rechte sei eine solche Auffassung völlig fremd, und daß dieselbe durch Gewohnheitsrecht zu positiver Geltung gelangt sei, oder als unerläßliche Consequenz neuer kaufmännischer Ansichten und Einrichtungen betrachtet werden müsse, lasse sich in keiner Weise behaupten. Es könne zugegeben werden, daß die weitere Entwickelung des Begriffs und der Bedeutung der Firma dahin geführt habe, die Gesellschaft im kaufmännischen Verkehr formell mit dem Scheine einer handelnd auftretenden Personeneinheit zu bekleiden. Aber Nichts berechtigte dazu, hierin zugleich eine materielle Umänderung des juristischen Wesens der Societät zu erblicken. Alle Erscheinungen, welche sich an den jetzt üblichen Gebrauch der Firma knüpfen, erklären sich vielmehr, auch beim Festhalten an den materiellen Grundsätzen des römischen Rechts vollständig aus dem Bedürfniß einer vereinfachten und erleichterten Beziehung aller der physischen Personen, welche die Gesellschaft bilden, und als die unmittelbar oder durch einen Vertreter handelnden Subjecte anzusehen sind. Selbst wenn man für alle Verbindlichkeiten einer Handelsgesellschaft ohne Weiteres einen Gerichtsstand im Orte, wo die Firma ihren Sitz hat, anerkennen wolle, so folge daraus doch nicht die Nothwendigkeit einer Personificirung der Firma, indem jene Annahme sich theils aus den Regeln vom forum contractus, theils aus dem Umstande, daß die Gesellschaft nicht ohne einen am Orte ihres Etablissements wohnenden Vertreter bleiben kann, rechtfertigen lassen würde.

Müßte man sonach die Idee eines in der Firma repräsentirten besonderen Rechtssubjectes verwerfen und dem Gläubiger gestatten, jeden einzelnen Socius nach Maaßgabe seiner Haftung in Anspruch zu nehmen, ohne daß es dabei, wie das Handelsgericht angenommen, auf die Voraussetzungen ankomme, unter denen ein Bürge sofort in Anspruch zu nehmen sei; so unterliege es keinem Zweifel, daß die Klage auch im Domicile des einzelnen Socius angebracht werden dürfe, da das forum domicilii für alle persönlichen Klagen competent sei. Die dagegen geltend gemachten Zweckmäßigkeitsrücksichten kämen nur für legislative Erwägungen in Betracht, nicht aber dem positiven Rechte gegenüber. Der Umstand, ob der Kläger selbst Angehöriger desselben Orts oder eines andern Staates sei, könne natürlich in der Competenz des forum domicilii keinen Unterschied begründen. — Mit dem Resultate der vorstehenden Ausführungen stimmten denn auch die Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Jahncke c. Schrader & Roosen (Septbr. 1829) und Seckel Nauman c. Steinthal (October 1828) überein. Der Umstand, daß in diesen Fällen die Beklagten als Hamburgische Bürger in Anspruch genommen worden, begründe keinen Unterschied von dem gegenwärtigen Falle, da der universelle Gerichtsstand, welchen in Hamburg der nexus civicus mit sich bringe, in Umfang und Wirksamkeit dem Gerichtsstande des Wohnorts völlig gleichkomme, wie dieses auch im Hamburgischen Statut Th. I. Tit. 12, Art. 3 bestätigt werde. Daß sich aber seit jenen beiden Präjudicaten in Hamburg eine contante entgegenstehende Praxis gebildet habe, sei nicht anzunehmen.

Stelle sich somit die klägerische Beschwerde als begründet dar, insofern die Behauptung, Beklagter sei in Hamburg domicilirt, vom Obergerichte als unerheblich erachtet worden, so könne dem Kläger doch darin nicht beigepflichtet werden, daß jene Behauptung bereits für genügend constatirt anzusehen sei, es mußte daher auf entsprechenden Beweis erkannt werden, weil es natürlich nur darauf ankomme, ob Beklagter zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz in Hamburg gehabt habe.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von [illegible] & v. Döhren.

№ 7. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 15. Februar.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Wex c. Dröscher und Liefmann Söhne. — Oberappellationsgericht: Schütt c. Reimers (Schluß). — Obergericht: Cur. bon. Krös c. Krös. — Präturen: Finanz-Deputation c. Richter. — Dtl. Römer Benefic.-Erben c. Puvogel.

Handelsgericht.

No. 12.

Zweite Kammer. Audienz vom 5. Februar 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor. Richter: die Herren Krönig und Schenck.

Dr. H. Wex m. n. R. O. Frisch in Altona gegen Steuermann Droescher, von der Zille des Schiffers Aug. Richter aus Zabel bei Meißen, (Dr. Antoine-Feill) und R. Liefmann Söhne m. n. T. Bienert in Dresden, Intervenienten ad hanc causam (Dr. G. Hertz).

Der Kläger verlangt von Droescher sofortige Auslieferung von 600 Centner Weizenmehl und 582 Centner 30 Pfund Weizenkleie, laut zweier Ladescheine, gegen Bezahlung der Fracht nach Maßgabe derselben.*)

*) Diese Ladescheine lauten folgendermaßen:
„Ich, Schiffer August Richter aus Zabel bei Meißen, bescheinige hiermit dem Herrn Rudolph Müller hier, voll, trocken und in guter Beschaffenheit in meine Zille

empfangen zu haben 600 Centner Weizenmehl
resp. 582 Centner 30 Pfund Weizenkleie,
welche ich in eben demselben guten Zustande gegen Verpfändung meines ganzen Vermögens an den Herrn Otto Reinhard Frisch in Altona, auf Käufers Ordre in Hamburg oder Altona zu löschen an dessen Speicher oder Bestimmung, soweit es angeht, abzuliefern verspreche, dagegen ich 19½ Sgr. Fracht pr. Centner erhalte."

Dresden, den 19. Novbr. 1861.
(gez.) August Richter.

Beide Scheine sind von Rudolph Müller an die Ordre von Albert Wellmann in Stettin, und von diesem an die Ordre von Otto Reinhard Frisch indossirt.

Der Beklagte Droescher bittet, das Verfahren gegen ihn bis zur Erledigung der von Liefmann Söhne gegen den Kläger angestellten Principalintervention zu sistiren, da die Waare von ihm an die Intervenienten ausgeliefert sei, wogegen dieselben ihn noth-, kosten- und schadlos zu halten versprochen hätten.

R. Liefmann Söhne tragen vor: Die von Droescher hierher beförderte Waare, deren Auslieferung der Kläger verlange, sei von T. Bienert in Plauen an Rudolph Müller in Dresden, unter der Bedingung sofortiger Zahlung des Kaufpreises in Wechsel-Accepten des A. Wellmann in Stettin, verkauft. Müller habe dieselbe für Rechnung des Wellmann verladen und durch Schiffer August Richter aus Zabel an Braune & Stege[illegible] in Magdeburg zur Weiterbeförderung [illegible] R. O. Frisch in Altona ([illegible] Kläger) [illegible]. Nun sei aber Wellmann später seinen

Verpflichtungen gegen Müller nicht nachgekommen und habe dadurch auch diesen in die Lage versetzt, die Bedingungen seines Kaufs und Eigenthumserwerbs nicht erfüllen zu können. Müller habe nunmehr laut notarieller Acte (Anlage 1) alle ihm an der erwähnten Waare zustehenden Rechte auf Bienert als den Eigenthümer derselben zurückübertragen und den an Braun & Steglitz ertheilten Auftrag zur Weiterbeförderung an den jetzigen Kläger widerrufen. Dem Forderungsrecht, welches der Kläger auf Grund des vom Schiffer ausgestellten Ladescheines geltend mache, stehe somit das bessere Recht des Bienert als Eigenthümers der Waare gegenüber; und als Bevollmächtigte des Letzteren bitten die Intervenienten deßhalb, daß das Handelsgericht unter Abweisung der klägerischen Ansprüche ihnen die Waare zusprechen wolle.

Der Kläger erwidert: Der Beklagte Droescher müsse sich auf die durch die producirten Documente völlig liquide gemachte Klage sofort hauptsächlich einlassen; und bitte er daher, denselben non attento fatali et non attenta appellatione hierzu zu verpflichten.— Den Intervenienten gegenüber bemerke er zuvörderst, daß es sich hier nicht um das Verfolgungsrecht des Absenders einer unbezahlt gebliebenen Waare und um Auslieferung dieser Waare abseiten des inzwischen insolvent gewordenen Käufers, resp. dessen Curatoren oder eines dritten, der die Waare mala fide erworben, handle. Dazu fehle es an den in unserem positiven Rechte (Art. 25 der N. F.-O.) geforderten Voraussetzungen: nämlich einmal an der Insolvenz des Käufers A. Wellmann in Stettin, welche gar nicht einmal behauptet worden; und ferner an der Behauptung, daß Frisch bei Erwerbung der Connossemente in mala fide gewesen, d. h. gewußt habe, daß die Waare unbezahlt sei und bleiben werde. Es handle sich einfach um eine Contocourantdifferenz zwischen Wellmann und Müller, von welcher Kläger nicht das Mindeste wisse. Der in Anlage 1 enthaltene Widerruf des Müller sei überdies ganz unzulässig, da nicht mehr res integra gewesen. Selbst wenn es Bedingung des Kaufes gewesen, den Kaufpreis durch Wellmannsche Accepte zu bezahlen, konnte Müller dem Kläger gegenüber, der die Waare bona fide erworben, nicht auf Grund einer etwaigen Contractbrüchigkeit von Seiten Wellmanns seine Disposition über die Waare widerrufen; ob er dem Wellmann gegenüber etwa dazu berechtigt gewesen sein würde, sei für das vorliegende Verhältniß aber ganz gleichgültig. Ueberdies sei die Anlage 1 mala fide von Müller ausgestellt; indem derselbe dadurch Waaren an seinen Verkäufer zurückübertrug, die längst von ihm weiterverkauft und für die er schon den Kaufpreis erhalten hatte. Dies ergebe sich aus Briefen Müllers an Wellmann, sowie aus anderen Documenten, als Rechnungen, Wechseln und Quittungen, die er als Anlage 5—14 producire. Für den schlimmsten Fall bitte er eventuell, ihm wenigstens die Weizenkleie sofort zuzusprechen, da aus Anlage 5—10 klar hervorgehe, daß deren Betrag durch eine Tratte Müllers auf Wellmann vom 21. November 1861, groß 573 ℛ 9, völlig bezahlt sei. Frisch sei berechtigt, aus dem Indossament des Connossements zu klagen, denn im Connossement stehe: „auf Käufers Ordre", und Käufer sei unstreitbarer Weise Wellmann, der, nachdem Müller das Connossement an ihn übertragen, dasselbe an Ordre des Klägers gestellt habe. Dieser habe, da er nichts von den Differenzen zwischen Müller und Wellmann gewußt, dem Letzteren auf 3 Connossemente auch 4000 ℔ Bco. vorgeschossen, wie sich aus der Quittung Anlage 14 ergebe. Kläger sei somit bona fide Erwerber und Käufer der Waare und nicht verpflichtet, sich widerrechtliche Rückübertragungen und intempestive Widerrufe abseiten Müllers gefallen zu lassen, welche ihm gegenüber als res inter alios acta erschienen. Für die in Betracht kommenden Rechtssätze verweise er auf Voigt im neuen Archiv Bd. III Heft 3. — Die von den Intervenienten betonte Nichterfüllung der Bedingungen, unter denen Müller von Bienert gekauft, berechtige nie einen Contrahenten zum Rücktritt vom Kauf, sondern gebe nur Anspruch auf Erfüllung des Contracts, resp. auf Schadenersatz wegen Nicht-Erfüllung. Hinsichtlich der Weizenkleie sei ohne weiteres klar, daß sie als bezahlte Waare dem Kläger zuzusprechen; aber auch hinsichtlich des Mehls liege in der Bedingung Wellmannscher Acceptleistung offenbar eine Creditbewilligung vor. Den Intervenienten fehle somit jeder Rechtsgrund, um die Waare an sich zu nehmen oder mit Beschlag zu belegen, da auch die Bedingungen eines Arrestes im vorliegenden Falle nicht vorhanden seien.

Die Intervenienten entgegnen: Die Deduction des Klägers aus dem von ihm beigebrachten Material,

daß Wellmann gegen Müller im Rechte und namentlich die Kleie schon bezahlt sei, werde ihrer Ansicht nach durch die Anlagen durchaus nicht erwiesen. Uebrigens seien alle diese Briefe und was der Kläger daraus ableite, irrelevant; denn hier streite nicht Wellmann, sondern Frisch. Wenn dieser wirklich Rechte hätte, so könnte er sie wenigstens nicht aus dem Verhältnisse zu Wellmann und Müller herleiten, da er jenen nicht zu vertreten habe und mit diesem in keinem Nexus stände. Die Intervenienten machten das Eigenthum des Bienert geltend, welches, besonders auch nach sächsischem Rechte, feststehe, da er die Waare zwar an Müller verkauft, den Kaufpreis aber weder creditirt noch bezahlt erhalten habe, und Wellmann sowohl als Frisch daher gar nicht Eigenthümer geworden seien. Diesem ihrem dinglichen Rechte stelle um Kläger sein persönliches Recht aus drm Connossement entgegen. Allerdings könnten nach germanischen, übrigens in Sachsen nicht geltenden, Rechtsgrundsätzen auch dingliche Rechte gültig von einem Nicht-Eigenthümer constituirt werden, wenn der Eigner demselben die Disposition über die Sache anvertraut und der Erwerber in bona fide gewesen; und das sei auch der wahre Inhalt des Art. 25 der neuen Falliten-Ordnung, als dessen Bedeutung man nicht die Befugung des Absenders zur Vindication — die ohnehin schon bestehe, — sondern die Beschränkung dieses Rechts durch das Recht eines dritten Erwerbers erkennen müsse. Der Kläger könne sich jedoch auf diese Rechtsgrundsätze hier nicht berufen, weil die Ladescheine, welche er besitze, in keiner Weise Connossementen gleich zu achten seien, keinen directen Nexus zwischen dem Schiffer und dem Destinatär vermittelten, und die Waaren, so lange dieselben nicht abgeliefert seien, zur Disposition des Absenders ließen. (siehe Protocolle zum Deutschen Handelsgesetzbuch.) Ferner seien die Waaren nach den Ladescheinen von Müller an den Kläger verladen; Letzterer könne also nur von Ersterem, nicht von einem Dritten, Rechte an den Waaren ableiten, was er jedoch nicht thue. Die Indossamente der Ladescheine seien rechtlich durchaus effectlos, da die Scheine nicht indossabel gewesen. Der Satz „auf Käufers Ordre in Hamburg oder Altona zu liefern" habe im Ladeschein keinen Sinn; es sei damit nur gemeint gewesen, daß der Schiffer die hier zu erwartende Disposition Desjenigen, der die Waare empfangen würde, in dieser Beziehung befolgen solle. Eventuell leugnen die Intervenienten, daß Kläger den in Anlage 14 behaupteten Vorschuß überhaupt oder doch zu einer Zeit, wo er noch in bona fide war, geleistet habe.

Erkannt:

da die Parteien darüber einig sind, daß die von dem Kläger producirten Ladescheine, ausgestellt vom Schiffer Richter in Dresden, die im Kahn des Beklagten befindlichen Waaren treffen, über das Recht des Klägers gegen den Beklagten aber nicht eher eine Entscheidung abgegeben werden kann, als bis über die, alle klägerischen Rechte bestreitende Principal-Intervention ein rechtskräftiges Erkenntniß vorliegen wird;

da nun der Kläger seinen Anspruch auf Auslieferung der im beklagtischen Kahne befindlichen Waaren auf Ladescheine, also auf Urkunden stützt, welche, den Connossementen nachgebildet, offenbar die Bestimmung haben, dem legitimirten Inhaber ein selbstständiges Recht gegen den Schiffer zu gewähren;

da, wenn auch die Zeichnung von Ladescheinen abseiten der Flußschiffer bis jetzt nur ausnahmsweise vorkommt und sich gegen deren Einbürgerung und dagegen, ihnen die ganze Kraft von Connossementen beizulegen, gewichtige Stimmen ausgesprochen haben,

cf. Voigt, die rechtliche Natur des Frachtbriefes, Neues Archiv I., Pag. 340, Protocolle zum deutschen Handelsgesetzbuche Pag. 845 ff. und Pag. 1240 ff.,

doch die erhobenen Bedenken gewiß nur vom Standpunkte des Flußschiffers ausgehen, indem sie darauf aufmerksam machen, daß die für Connossemente geltenden Bestimmungen zu complicirt und zu schwer zu handhaben sein dürften für Personen, wie solche bei der Flußschifffahrt thätig zu sein pflegen; Bedenken aus der Person des Abladers aber nur insofern geltend gemacht sind, als es sich darum handelt, an die Stelle des früher allein üblichen Frachtbriefes zwangsweise den Ladeschein zu setzen;

da somit durchaus kein Grund erfindlich, in einem Falle, wie der vorliegende, in welchem der Ablader Müller vom Schiffer Richter Ladeschein

zeichnen ließ, diesen Ladescheinen ihm, dem Ablader selbst gegenüber, die Kraft von Connossementen abzusprechen, zumal gerade er die fraglichen Ladescheine in den Anlagen 6 und 7 ausdrücklich als Connossemente bezeichnet und außerdem als die Waare selbst repräsentirende und negociable Papiere behandelt hat;

da ferner dem Kläger das Recht zugestanden werden muß, sich auf den Standpunkt eines dritten Inhabers eines Connossements zu stellen, weil, obwohl nach dem Tenor der Ladescheine die Waare direct von dem Ablader Müller an den Kläger verladen erscheint, doch in dem, dem Wortlaute der Ladescheine allerdings nicht entsprechenden, Indossemente Müller's eine deutliche Erklärung desselben liegt, daß der Kläger nicht allein die Waare, obwohl er sie direct an ihn dirigirte, sondern auch schon die Ladescheine als aus den Händen A. Wellmann's empfangen anzusehen habe;

da endlich der Intervenient nur als Cessionar des Abladers Müller gehört werden kann, indem sein rechtliches Verhältniß zu diesem außer dem Bereiche der vorliegenden Sache liegt, von einer ihm zuständigen Vindication, der freiwillig aus seiner Were gelassenen Waare aber nach dem, auch für solche Frage maßgebenden, hiesigen Rechte um so weniger die Rede sein kann, als der Kläger die Ladescheine unbestritten „mit richtiger Ankunft“ erlangt hat und ihm nicht hat vorgeworfen werden können, daß er auch nur eine Wissenschaft davon gehabt habe, daß Müller dem Intervenienten die stipulirte Gegenleistung nicht habe zukommen lassen;

cf. Baumeister Hamb. Privatrecht II. p. 241 ff.

da nach allem Diesen die von dem Intervenienten cess. noie. des Müller erhobenen Ansprüche auf das sogenannte Verfolgungsrecht des Absenders zurückgeführt werden müssen, solches Verfolgungsrecht aber nach den hier allein maßgebenden hamburgischen Gesetzen,

vgl. Erkenntniß 2. K. d. H.-G. in Sachen Matsen c. Goedelt v. 11. Sept. 1861, *)

nur dann begründet ist, wenn die Waare vom Besteller unbezahlt geblieben und eine Bezahlung von demselben wegen formeller oder doch materieller Insolvenz nicht mehr zu erwarten ist und wenn der etwaige dritte Inhaber des Connossements dasselbe mala fide, also, abgesehen von dem sogenannten justus titulus, mit der Wissenschaft erworben hat, daß die Waare dem Ablader vom Besteller nicht bezahlt sei und künftig auch nicht werde bezahlt werden;

cf. Voigt im Neuen Archiv III. pag. 269 ff.; Art. 25 der Neuen Falliten-Ordnung; Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Israel c. Gleichmann & Busse und Loehr & Co. c. Dierks Gebr., Sammlg. I. pag. 20 u. pag. 175; Handelsger. Erkenntniß in Sachen Pfretschner & Lenz c. Brock & Schnars, 1. K. v. 31. Octbr. 1861. *)

da, wenn nun zwar auch vom Intervenienten behauptet worden, daß die Waare von A. Wellmann nicht, wie verabredet, durch Accept bezahlt worden, doch keineswegs behauptet ist, daß Wellmann überhaupt außer Stande sei, zu zahlen, vielmehr durch die zu den Acten gekommenen eigenhändigen Briefe Müller's dargethan ist, daß Wellmann die stipulirte Gegenleistung nur in Folge zwischen ihm und Müller bestehender Differenzen verweigert hat, somit die Hauptvoraussetzung des Anhaltungsrechtes, die formelle oder doch materielle Insolvenz des Bestellers, im vorliegenden Falle gar nicht vorhanden ist;

cf. Voigt l. c. pag. 269.

da dem Antrage des Intervenienten demnach um so weniger entsprochen werden darf, als von einer mala fides des Klägers unter solchen Verhältnissen auch nicht im Entferntesten die Rede sein kann:

daß der erhobene Widerspruch des Intervenienten gegen Auslieferung der Waare abseiten des Beklagten an den Kläger zurück-, Intervenient, unter Verurtheilung in die sowohl dem Kläger als dem Beklagten verursachten Kosten abzuweisen und nunmehr Beklagter schuldig sei, in nächster Audienz nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses sub poena contumaciae hauptsächlich zu handeln.

---

*) cf. Nr. 23 der Gerichtszeitung 1861, Handelsger. Nr. 58.

*) cf. Nr. 32 der Gerichtszeitung 1861, Handelsger. Nr. 96.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

F. C. Schütt (Dr. Sieveking) gegen G. A. Reimers in Vollmacht der Assecuranz-Union und Consorten (Dr. Wolffson).

(Schluß.)

Gegen das Erkenntniß des Obergerichts appellirte der Kläger an das Oberappellationsgericht zu Lübeck, indem er hauptsächlich ausführte:

Nach der Seemannsordnung von 1854 Art. 24 bis 26 habe die Mannschaft im Falle eines Seeunglücks, welches das Schiff zur Fortsetzung seiner Reise unfähig mache, sich für die nach dem Abgang vom letzten Hafen verdiente Gage, sowie für die Rückbeförderung lediglich an die geretteten Theile des Schiffes zu halten. Diese geretteten Theile seien nach dem Begriffe des Totalverlustes dem Versicherer, nicht dem Versicherten gerettet; denn jenem Begriffe zufolge habe der Versicherer im Falle eines Totalverlustes den vollen Ersatz zu leisten, wogegen ihm allerdings das Provenüe der Schiffstrümmer zufalle. Haften daher auf den letzteren die obigen Kosten, so seien diese vom Assecuradeur zu tragen, indem sich das Provenüe der Schiffstrümmer von selbst um den entsprechenden Betrag mindere. Die entgegengesetzte Annahme — daß der Assecuradeur jene Kosten nicht zu tragen habe — würde zu der Consequenz führen, daß der Rheder sich im Falle eines Totalverlustes besser stehe, wenn nichts, als wenn etwas gerettet worden. — Der Einwand, daß dann auch andere, aus beliebigen Verträgen des Rheders herrührende Verhaftungen der Schiffstrümmer dem Versicherer zur Last fallen müßten, erledige sich durch die Erwägungen: 1) daß die hier in Frage stehenden Kosten eine Folge des Seeunfalls seien; 2) daß die Verhaftung der Schiffstrümmer für dieselben eine gesetzliche, nicht freiwillig von dem Rheder herbeigeführte sei. Das Recht der Mannschaft an dem Wrack sei nicht eine Folge des Heuercontracts, wie sich schon daraus ergebe, daß eben nur das Wrack selbst, nicht auch der Rheder, für jene Kosten hafte. Würde man aber auch annehmen, daß dasselbe auf jenem Contracte beruhe, so habe doch der Assecuradeur die Integrität des Schiffes garantirt und damit, daß jenes Recht, dessen Geltendmachung einen Schaden (eine Werthverminderung) des Cascos herbeiführe und also den Cascoversicherer treffe, nicht zur Anwendung gebracht werden könne. — Der Einwand, daß bei glücklich vollendeter Reise der Rheder den Ersatz für die hier in Frage stehenden Ausgaben in der Fracht finde, und daher beim Verluste der letzteren seine Deckung in der Frachtversicherung zu suchen habe, sei höchstens für die Gage zutreffend, und wenn der weitere Einwand gemacht werde, daß bei versicherter Fracht dem Rheder doppelter Ersatz werde, so liege der Fehler allein in der Unrichtigkeit der Fachtversicherung, da eigentlich das an Gage Ersparte von derselben abgezogen werden müßte.

Der Beklagte führte dagegen aus: Die fraglichen Verausgabungen seien zunächst nicht als Folge des Schiffbruchs zu betrachten. Für die Gage ergebe sich dies sofort; denn diese habe der Rheder vielmehr umgekehrt nur bis zum Schiffbruch zu zahlen. Aber auch für die Rettungs- und Rückbeförderungskosten sei der Schiffbruch — wenn auch die Veranlassung — doch nicht die causa. Vielmehr beruhe die Verpflichtung zur Zahlung dieser Kosten auf dem Heuercontract, wie sich z. B. auch darin zeige, daß dieselbe auf Passagiere u. dgl. sich nicht erstrecke. Wenn dieselbe aber auch als Folge des Seeunfalls anzusehen, so hafte doch der Cascoversicherer, der es nur mit dem corpus des Schiffes zu thun habe, nicht für alle, sondern nur für die diesem corpus selbst durch den Seeunfall erwachsenen Schäden. Eine solche Haftung sei auch nicht indirect dadurch herbeizuführen, daß der Assecuradeur das Provenüe der Schiffstrümmer, also den Ertrag derselben nach Abzug der darauf haftenden onera, zu beanspruchen habe; denn derselbe habe das Recht, zu verlangen, daß ihm dieses Provenüe nicht durch außerhalb des Assecuranzcontracts liegende Engagements des Rheders geschmälert werde; gleichgültig sei es deshalb auch, ob man die Schiffstrümmer als dem Versicherer oder dem Versicherten gerettet ansehe. Der Letztere könne sich auch nicht darauf berufen, daß die fragliche Verhaftung eine unfreiwillige, nicht von ihm herbeigeführte sei; denn dieselbe sei eben nichts weiter, als eine gesetzliche Folge des von ihm eingegangenen Heuercontracts, und unterscheide sich von anderen Verbindlichkeiten, für welche der Rheder mit seiner fortune de mer hafte, nicht. Dieselbe als eine Schuld des Schiffes anzusehen, sei unjuristisch, denn dieses sei kein Rechtssubjekt. Der Art. 25 der Seemannsord-

nung habe nur den Sinn, daß im Schiffbruchfalle die Verhaftung des Rheders auf die geretteten Schiffstheile beschränkt werde und diese dafür der Mannschaft verpfändet seien. Unmöglich aber könne diese Erleichterung, welche das Gesetz dem Rheder im Unglücksfalle gewähre, zu einer größeren Verhaftung des Casco-Assecuradeurs führen. — Wenn der Kläger sich darauf berufe, daß er sich alsdann im Falle nichts gerettet werde, besser stehe, so sei das eine Folge davon, daß dann jene Verpflichtung in Betreff der Schiffstrümmer aufhöre, die aber den Assecuradeur nichts angehe. — Endlich habe der Kläger den Ersatz der in Frage stehenden Ausgaben in der Frachtversicherung zu suchen, und würde denselben durch diese zum zweiten Male erhalten. Die Einwendung, daß dies ein Fehler der Frachtversicherung sei, beruhe auf einer Verwechslung der bezahlten und der ersparten Gage. Die letztere sei allerdings correcter Weise von der Bruttofrachtversicherung abzuziehen, die der Mannschaft aber gezahlte Gage und sonstigen Kosten seien gerade nach dem richtigen System dem Rheder vom Frachtversicherer zu ersetzen und würde der Erstere demzufolge für diese zwiefachen Ersatz erhalten.

Das Oberappellationsgericht stellte durch Urtheil vom 16. Januar d. J. das Erkenntniß des Handelsgerichts wieder her, indem es ausführte:

Es sei außer Streit, daß die fraglichen Verausgabungen aus dem Erlös der geborgenen Trümmer gemacht und somit mittelbar dem Kläger zur Last gebracht seien und ebenso, daß jene Aufwendungen nach Art. 25 der Seemannsordnung von 1854 aus diesem Erlös gemacht werden mußten. Es frage sich somit nur, ob dieselbe eine persönliche Schuld des Rheders sei? Nun sei aber nach Art. 25 cit. der Rheder im Falle durch Schiffbruch veranlaßten Verlustes des Schiffes nur für die Gage verhaftet, welche bis zu dem Hafen, wo das Schiff zuletzt Ladung eingenommen oder gelöscht habe, verdient sei, während für die später auflaufende Gage und die Rückbeförderungskosten die Mannschaft sich „lediglich an das Schiff oder dessen gerettete Theile oder an den Erlös daraus, sowie an die Fracht für etwa gerettete Güter zu halten habe". Die Versicherung des Schiffswerthes könne demnach nur den Sinn haben: es solle dem Rheder dafür gehaftet werden, daß im Falle von Schiffbruch die Ueberreste des Schiffes dem Rheder ungemindert durch Verbindlichkeiten, zukommen, welche in Folge von Unglücksfällen unabwendlich auf dieselben oder deren Erlös gelegt seien. Die fraglichen Beträge seien somit vom Cascoversicherer zu vergüten, und könne es nicht darauf ankommen, ob im Falle einer geschlossenen Frachtversicherung der Kläger in dieser einen Ersatz für dieselben gefunden haben würde. — Die von dem Beklagten behauptete entgegenstehende Usance sei demselben zum Beweise nicht zu verstellen, da eine genügende Substantiirung und Begründung derselben nicht gegeben worden sei.

Obergericht.

No. 5.

In Sachen Curat. bonor. des C. G. Krös gegen G. Krös (cf. No. 35 der „Gerichts-Zeitung" 1861, Handelsgericht No. 101) hat auf beklagtische Appellation das Obergericht am 10. Februar erkannt:

Da nach der, bisher von allen Instanzen conform anerkannten hamburgischen Praxis, Verkäufe und Hingebungen an Zahlungsstatt dadurch nicht afficirt werden, daß der begünstigte Gläubiger dieselben in dem Bewußtsein erwarb, daß der Schuldner demnächst seine Zahlungen einstellen werde, und mithin die beschafften Deckungen zur Benachtheilung der Gläubigerschaft gereichen werden;

da auch die Unterstellung des Erkenntnisses a quo daß der Beklagte nicht sowohl vom Falliten gedeckt worden sei, sondern vielmehr sich selbst gedeckt habe, nicht zutrifft, weil sie sich, ausweise der, vom Erkenntnisse a quo in Bezug genommenen, vom Obergerichte requirirten und den Acten der vorliegenden Sache beigefügten Untersuchungsacten, nur darauf bezieht, daß der Beklagte mit den Preisen nicht einverstanden gewesen ist, zu welchen ihm die in solutum gegebenen Waaren haben angerechnet werden sollen, vielmehr selbst die Preise vorgeschrieben hat, zu welchen er die Waaren nehmen wolle, und zu welchen sie ihm demnächst vom Falliten überantwortet worden sind;

da auch die etwaige Nichtfälligkeit der beklagtischen Forderungen zur Zeit des Erwerbes der Deckungen darin — abgesehen von dem hier nicht in Frage kommenden interusurium — um so weniger etwas zu ändern vermag als der, im fehlerfreien Besitze befindliche Gläubiger, der Masse gegenüber auch für nicht fällige Forderungen des Retentionsrechtes genießt;

da mithin das Erkenntniß a quo, sofern es die Deckungsacten Anlagen 1 bis 5 auf Grund des principalen klägerischen Antrages rescindirt, wiederum aufzuheben ist;

da, wenn demnach in Betreff der Anlagen 1 bis 5 die eventuellen Klagebegründungen zur Entscheidung stehen, bezüglich:

1) auf das Mißverhältniß zwischen dem Einkaufspreise der Waaren und dem Preise, zu welchem sie in solutum gegeben worden sind,
2) auf die Zuständigkeit der Forderungen, für welche dem Beklagten Deckungen gegeben worden sind;

da das Mißverhältniß zwischen dem Einkaufspreise und dem Uebernehmungspreise allein zur Begründung einer Klage nicht zureicht, und die beispielsweisen Anführungen, daß diese oder jene Waare bei der Deckung unter dem Marktpreise übernommen worden, zur Formirung eines Beweisthemas nicht zureicht;

da, anlangend die Zuständigkeit der gedeckten Forderungen, — auch abgesehen von der Frage, ob die Anlagen der Klage über die Simulation der Obligos, welche einen Theile dieser Forderungen zu Grunde liegen, und ob die, an diese Behauptung geknüpften Anträge hinlänglich präcise sind — die einstweilige Zurückweisung dieses, nur in pessimum eventum aufgestellten Klagegrundes sich im Interesse der Vereinfachung der Prozeßführung schon deshalb empfiehlt, weil das eventuelle, dem hier fraglichen vorangestellt, aus dem Mißverhältnisse der Werthannahmen entlehnte Klagefundament nicht definitiv, sondern nur angebrachtermaaßen abzuweisen ist;

da endlich in Betreff der Anlage 6 das Erkenntniß a quo von den Klägern der Rechtskraft überlassen worden ist und Beklagter über die Beweisfassung nicht gravaminirt hat:

daß es bei dem handelsgerichtlichen Erkenntnisse a quo vom 27. Novbr. 1861 zwar so weit es die Anlage 6 angeht zu belassen, dasselbe aber im Uebrigen wieder aufzuheben, und Kläger mit ihrem principalen Klagfundamente definitiv, mit ihren eventuellen, auf das Mißverhältniß der Werthannahme und auf die Valuta-Verhältnisse gestützten Klagebegründungen aber angebrachter Maaßen abzuweisen und die Sache unter Compensation der Kosten der Appellations-Instanz zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zu remittiren.

Präturen.

No. 1.

Erste Prätur. Prätor: Herr Dr. Poelchau.

Die Finanz-Deputation (Proc. Hahn) gegen **J. F. Richter**, als verantwortlichen Redacteur der „Reform." (Dr. May).

Die Klägerin verlangt Ct℔ 10. 8 ß Inseraten-Abgabe für das in der Beilage der No. 100 der Reform v. J. enthaltene, „Gutgemeinte Worte in der wichtigsten Angelegenheit der Menschen" überschriebene Inserat. Dasselbe sei eine bloße **Empfehlung** des Schroth'schen Heilverfahrens, unterliege daher als solche, zufolge des Rath- und Bürgerschlusses vom 29. Novbr. 1858 nebst angehängter Bekanntmachung über die Ausführung desselben vom 22. Decbr. 1858, der Inseraten-Abgabe. Als eine Abhandlung, Besprechung oder Kritik **aus dem Gebiete der Wissenschaft**, welche nach jener Verordnung von der Inseraten-Abgabe frei sein würde, sei der angeregte Artikel deshalb nicht zu betrachten, weil er lediglich eine Anpreisung einer ganz unwissenschaftlichen Heilmethode enthalte.

Beklagter entgegnet: Es sei auf den ersten Blick klar, daß der betreffende Artikel keine bloße Empfehlung sei, sondern vielmehr eine **Besprechung** des Schroth'schen Heilverfahrens, welche mit dem Wunsche schließe, daß dasselbe baldmöglichst an allen größeren Orten durch Heilanstalten vertreten werden möge. Es liege somit eine „Besprechung oder Kritik aus dem Gebiete der Wissenschaft" vor, bei der es auf den Werth oder Unwerth des Gesagten gar nicht ankomme, da eine Abhandlung aus dem Gebiete der Wissenschaft auch diejenige sein könne, welche eine von der Wissenschaft für falsch erklärte Ansicht enthält.

Erkannt am 14. Jan. 1862:

Da die Klägerin nicht etwa behauptet, daß das in Rede stehende Inserat von dem Beklagten gegen Bezahlung in sein Blatt aufgenommen worden sei, Klägerin vielmehr lediglich deshalb die Abgabe verlangt, weil der Artikel nicht als eine Abhandlung, Besprechung oder Kritik aus dem Gebiete der Wissenschaft aufzufassen sei, sondern eine Empfehlung enthalte, und somit der Ausnahmebestimmung des § 1 sub c. der Verordnung vom 22. Decbr. 1858 unterliege;

da, wenn man auch davon absehen wollte, daß die Klägerin es völlig unerörtert läßt, was denn eigentlich nach ihrer Auffassung in dem Inserate empfohlen werde, jedenfalls so viel bei unbefangener Ansicht des Artikels sich ergiebt, daß die Einsendung nicht sowohl die Hülfe einer **bestimmten Persönlichkeit** oder die Benutzung einer **bestimmten Anstalt**, als vielmehr die **Prüfung** des Schroth'schen Naturheilverfahrens und zwar unter der Hinweisung empfiehlt, daß in den betreffenden Anstalten angeblich höchst günstige Heilerfolge erzielt seien und die weitere Verbreitung dieser Heilmethode deshalb wünschenswerth erscheine;

da hiernach aber der Artikel eine Erscheinung auf dem Gebiete der **Heilwissenschaft** von einem allgemeinen Standpunkte aus bespricht und somit als unter die Bestimmung des ersten alinea § 1 sub c. der gedachten Verordnung fallend erachtet werden muß, für **diese** Frage auch der **wissenschaftliche Werth** der Schroth'schen Heilmethode, so wie der **wissenschaftliche Werth** des Raisonnements des Einsenders völlig irrelevant erscheinen,

daß der Beklagte von der Klage zu entbinden, Klägerin aber schuldig sei, ihm die Proceßkosten zu ersetzen.

Gegen dieses Erkenntniß legte die Klägerin Restitution ein, worauf am 4. Februar 1862 folgendes Erkenntniß erfolgte:

Da zwar die Abgabe von Zeitungs-Inseraten nach dem Rath- und Bürgerschlusse vom 25. Juni 1859 und der maßgebenden Verordnung vom

23. December 1858 nicht auf bezahlte Inserate beschränkt ist, aber auch keineswegs jede Publication mittelst einer Zeitung, für deren Aufnahme der Einsender eine Zahlung geleistet hat, schon deshalb für ein abgabepflichtiges Inserat zu erachten,

da vielmehr für die Frage, ob der in Rede stehende Artikel der Abgabe unterworfen sei, darauf, ob der Beklagte ihn als Beilage zu seinem Blatt gegen Zahlung oder unentgeltlich angenommen hat, nichts ankommt,

da auch der Inhalt des Artikels sich nicht als eine „bloße Empfehlung" einer speciellen Anstalt, sondern seinem wesentlichen Inhalte nach als die Anpreisung einer Heilmethode, mithin allerdings als eine „Besprechung aus dem Gebiete der Wissenschaft" darstellt,

daß das Erkenntniß vom 14. Januar d. J., unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten der Restitutions-Instanz, zu bestätigen sei.

No. 2.

Erste Prätur. Prätor: Herr Dr. Poelchau.
Defti Römer Wwe. Beneficial-Erben (Proc. Falck) gegen D. Puvogel (Dr. Wer.)

Die Kläger wollen dem Beklagten eine von diesem gemiethete zum Beneficial-Nachlasse gehörende Localität auf Grund des Art. 22 sub 3, der neuen Falliten-Ordnung *) kündigen.

Der Beklagte wendet ein: Die singulaire Bestimmung der Falliten-Ordnung in Betreff des Kündigungsrechtes der Curatoren sei nicht für den Fall zu verstehen, in welchem der Fallit Vermiether sei; keinenfalls aber sei dieses Recht der Curatoren auch auf die Administratoren eines Beneficial-Nachlasses auszudehnen. Die Verwaltung des Beneficial-Nachlasses durch die Erben sei nicht als eine concursmäßige Behandlung aufzufassen, eine solche solle nach Art. 42 der neuen Falliten-Ordnung vielmehr erst dann eintreten, wenn die Activa des Nachlasses sich als ungenügend herausstellen sollten und die Gläubiger besondere Curatoren zur Regulirung erwählten, eine Voraussetzung, die aber bei dem hier in Frage stehenden durchaus solventen Nachlasse nicht vorliege.

Der Kläger versucht hauptsächlich auszuführen, daß die Verwaltung eines Beneficial-Nachlasses durch die Beneficial-Erben stets als eine concursmäßige Behandlung zu betrachten sei; namentlich beruft er sich für diese Auffassung auf den Umstand, daß die Vorschriften für Regulirung des Beneficial-Nachlasses eben in der Falliten-Ordnung enthalten seien.

Erkannt am 11. Februar:

Da, wie aus der beizulegenden Acte in Beneficial-Erbschaftssachen def. Römer Wwe. sich ergiebt, der Nachlaß der citantischen Erblasserin einer concursmäßigen Behandlung von den Gläubigern nicht unterzogen ist, vielmehr unter der Administration der Beneficial-Erben sich befindet, die Bestimmung des § 22 sub 3, der neuen Falliten-Ordnung über den Einfluß des Concurses auf die Dauer des Miethecontracts aber das Dasein eines Fallissements, also jedenfalls eine Insolvenzerklärung voraussetzt,

da auch diese Bestimmung von den citantischen Vermiethern — welchen überdies der Art. 14, Stat. II. 9. entgegensteht — um so weniger würde für sich in Anspruch genommen werden können, als es aus dem vom Ober-Appellations-Gericht zu Lübeck

in Sachen J. F. Wer contra Cur. bon. G. Lübbers. Sammlung der Erkenntnisse d. 1843 No. II, pag. 16.

angegebenem Grunde und bei der in Betracht kommenden gemeinrechtlichen Bestimmung der

l. 8. § 1. D de rebus auct. jud. poss. 42. 5.

auf welche auch die Notate des Bürgermeisters Möller und Claus ad. Art. 13. Stat. II. 9, zu deuten scheinen — sowie bei der Erwägung, daß das Mietherecht als eine Reallast des städtischen Erbes nach topischem Rechte zu erachten ist, mithin die Liquidation der Masse des Falliten Vermiethers nicht hindert — kaum zweifelhaft sein kann, daß die gedachte Bestimmung der neuen Falliten-Ordnung nicht auch auf den Fall bezogen werden darf, wo der Fallit Vermiether ist,

daß dem Antrage der Citanten auf Confirmation der Kündigung des noch bis zum 1. Mai 1863 laufenden Miethe-Contracs zum 1. Mai d. J. nicht stattzugeben und die Citanten schuldig seien, dem Citaten die Kosten dieses Processes in 8 Tagen sub poena executionis zu ersetzen.

*) Dieser Artikel lautet: „Miethecontracte aber, die noch nach der Zeit des Fallissements laufen, hören nach demselben auf geschehene stadtübliche Loskündigung auf, ohne auf die dieserhalben von dem Debitor vorhin errichteten Contracte zu sehen."

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 8. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 22. Februar. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Rée c. Gebr. Schiller & Co. — Kallmes c. Brandt. — Buck c. Jahns & Lund. — Niedergericht: Benitt Wwe. c. Harms.

Handelsgericht.

No. 13.

Erste Kammer. Audienz vom 5. Februar 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Siemssen und Stahmer.

J. Ph. Rée (Dr. G. Hertz) gegen Gebr. Schiller & Co. (Dr. Wolffson).

Der Kläger hatte von den Beklagten, ausweise der Schlußnoten Anl. 1 und 2, resp. 100 und 125 Last gebarrten Roggens, zu 116/117 ℔ holl., frei ab St. Petersburg, gekauft. Vor der Abnahme derselben wurden, da der vom Kläger in St. Petersburg bestellte Empfänger die Waare nicht contractgemäß fand, von diesem in Gemeinschaft mit dem Ablader Proben nach Maßgabe des § 6 der Schlußnoten-Usancen *) genommen. Als diese Proben hier angelangt waren, begaben die Parteien sich mit dem Makler Eggers auf das Commerz-Comptoir, um durch Diesen in ihrer Gegenwart die Proben öffnen und etwaige Gewichts- oder Qualitäts-Differenzen feststellen zu lassen. Es ergab sich nun, daß die dem Kläger übersandten Proben weniger wogen als die den Beklagten zugekommenen; ehe aber noch sämmtliche Proben untersucht waren, erhoben die Beklagten Widerspruch und erklärten, daß sie die dem Kläger gesandten nicht anerkennen wollten. Letzterer ersuchte darauf das Commerz-Comptoir um Ernennung zweier guten Männer, welche das Gewicht und die Qualität jener Proben untersuchen und beurtheilen sollten; zugleich setzte er die Beklagten von diesem Schritte in Kenntniß. Die vom Commercium dazu ernannten Makler Schützer und Lorentzen gaben ein Gutachten dahin ab, daß die Waare zwar als „gut" und „wohlgereinigt" zu bezeichnen, jedoch durchgehends mit einzelnen ungesunden, theils Auswuchskörnern besetzt sei, somit in Bezug auf die in der Schlußnota enthaltene Bedingung „gesunde Waare" eine Qualitäts-Differenz von resp. 1, 1½ und 2 ℳ Bco. pr. Last, außerdem aber auch eine Gewichtsdifferenz im Betrage von resp. 3 und 1 ℳ Bco. pr. Last vorliege.

---

*) Der betreffende Passus lautet: „Genügt die Waare dem Empfänger nicht, so hat derselbe in Gemeinschaft mit dem Ablader zwei genaue Proben aus dem Stück zu nehmen, welche von beiden Theilen zu versiegeln und zu attestiren sind; die eine dieser Proben wird dem Käufer, die andere dem Verkäufer mit der ersten Güterpost eingesandt. Sofort nach Ankunft dieser Proben hier werden dieselben untersucht."

Auf Grund dieses Gutachtens verlangt der Kläger nunmehr von den Beklagten Bco.ℬ 1897. als Schadensersatz.

Die Beklagten entgegnen: Als die Vergleichung der Proben vorgenommen werden sollte, habe sich die vom Ablader an sie gesandte Probe vollkommen in Ordnung befunden. Die von dem Empfänger an den Kläger gesandte sei dagegen in einem zweiten Beutel, der mit dumpfem Roggen von schlechter Beschaffenheit angefüllt war, verpackt gewesen; und durch diese Packung habe natürlich die Qualität der Probe angegriffen, namentlich das Gewicht derselben beeinträchtigt werden müssen. Ferner aber sei die klägerische Probe, außer mit den beiden Siegeln des Empfängers und des Abladers, noch mit dem Siegel des Capitains versehen, und dieses noch dazu gerade auf dem Knoten des Bandes angebracht gewesen, so daß es schlechterdings nicht zu entscheiden sei, ob mit dieser Probe nicht nach der gemeinschaftlichen Versiegelung, ohne Wissen des Abladers, irgend etwas vorgenommen sei, und ob das dritte Siegel nicht etwa ein vorhandenes Loch zudecke. Den klägerischen Proben könne somit kein Werth beigelegt werden, und es müßten lediglich die in bester Ordnung befindlichen des Abladers, welche im Gewicht durchaus schlußnotengemäß ausgefallen, maßgebend sein: wie sie das ja auch schon bei der Eröffnung der Proben erklärt hätten. — Der Kläger sei sodann nicht befugt gewesen, das Commercium um Ernennung von Schiedsrichtern anzugehen, er habe vielmehr in Gemäßheit des § 7 der Schlußnoten-Usancen,*) sie (die Beklagten) zur Ernennung guter Mannschaft auffordern und, falls sie diesem Verlangen nicht nachgekommen wären, vor das Handelsgericht citiren müssen, um gerichtseitig solche ernennen zu lassen. Die Untersuchung durch die vom Commercium auf einseitigen Antrag des Klägers ernannten Makler, von deren Vornahme ihnen nicht einmal Mittheilung gemacht sei, habe nicht den mindesten Werth, zumal da jene Makler mit dem russischen Geschäft nicht genügend bekannt seien, ihr Gutachten Widersprüche enthalte und den Aussprüchen anderer, mit diesem Geschäfte vertrauter Makler völlig widerspreche. Uebrigens seien die Empfänger des Roggens sehr zufrieden mit demselben gewesen.

Der Kläger erwidert: Die jenseitigen Einwendungen gegen die Verpackung seien, da die ordnungsmäßig versiegelten Proben unversehrt vorgelegt worden, durchaus unzulässig. Ueberdies seien sie unzutreffend, da Verpackung derartiger Proben in Roggen höchst zweckmäßig sei und oft vorkomme. Die Umhüllung habe nicht aus dumpfem und feuchtem, sondern aus gutem, trockenem, gedarrtem Roggen bestanden. Das jenseits beanstandete dritte Siegel habe sich gar nicht auf den Beuteln der Proben, sondern auf den äußeren Beuteln befunden; aber selbst wenn es auf den Proben selbst gewesen wäre, würde darauf gar nichts ankommen, da ja die beiden andern Siegel, auf die es allein ankomme, ganz unversehrt gewesen seien. — Außerdem seien alle diese Monituren verspätet; die Beklagten hätten dieselben vorbringen müssen, ehe die Proben geöffnet wurden, als ihr Zustand und der der Siegel noch hätte constatirt werden können. Das klägerische Verfahren sei durchaus ordnungsgemäß und der Schlußnota entsprechend gewesen. Es sei den Beklagten sowohl davon, daß Kläger sich vom Commercium gute Männer erbitten wollte, als auch davon, daß und wann die Besichtigung der Proben durch dieselben stattfinden werde, Anzeige gemacht. Die Empfänger des Roggens seien keineswegs mit demselben zufrieden gewesen, wie aus einem Briefe aus Gothenburg (Anl. 7) hervorgehe.

Die Beklagten bestreiten, daß ihre Monituren gegen die Proben verspätet seien. Es gebe für solche Monituren keine Präclusivfrist, und überdies hätten sie, sobald sie die ungehörige Verpackung bemerkt, gegen die sämmtlichen Proben protestirt.

Erkannt:

Da weder das Uebersenden der Proben in einer Verpackung, noch das außer den erforderlichen Siegeln auf derselben vorgefundene Siegel des Schiffers an und für sich den schlußnotenmäßigen

*) Der Passus lautet: „In allen Fällen sind Qualitäts- und Gewichts-Differenzen durch vom Käufer und Verkäufer zu erwählende und zu genehmigende unparteiische Sachverständige zu taxiren, eventualiter unter Hinzuziehung eines Obmannes, welcher gleichfalls der Genehmigung der Parteien unterworfen ist. — Haben sich die Parteien nach dreimaligem Vorschlage über die Wahl der Schiedsrichter und deren Obmann nicht geeinigt, so ist die Ernennung derselben vom löblichen Commercio zu erbitten. Im Uebrigen sind die Parteien dem hiesigen handelsgerichtlichen Forum unterworfen.“

Werth der Proben aufheben, weil weder die Bedingungen der Schlußnota es verbieten, die Probe auf der Reise möglichst gegen Veränderung zu schützen und sie außer vom Ablader und Empfänger noch anderweitig beglaubigen zu lassen, noch die Börse jemals in der oft vorkommenden Sicherung der Probe gegen äußere Einflüsse auf der Reise ein den Intentionen der Schlußnoten-Bedingungen widersprechendes Verfahren gefunden hat;

da somit die beklagtischen Ausstellungen gegen die klägerischerseits vorgelegten Proben nur insofern Beachtung finden können, als in ihnen die Behauptung liegt, daß dieselben gefälscht oder durch die Verpackung alterirt worden seien;

da ferner die Untersuchung der Proben vorschriftsmäßig sofort nach ihrer Ankunft hieselbst stattfinden soll; diese nach der Natur der Verhältnisse nothwendige Bestimmung auch dann Platz zu greifen hat, wenn die eine Partei die von der anderen vorgesetzte Probe nicht anerkennen will, weil einer späteren Untersuchung die Voraussetzungen fehlen würden, von denen die Schlußnotenbedingungen ausgingen, als sie die Proben zu Repräsentanten der Waare selbst machten, und der contradicirenden Partei freisteht, sich durch eine geeignete Erklärung vor oder bei der Untersuchung alle ihre Rechte zu reserviren; wie denn diese Ansicht auch bisher an der Börse als die richtige befolgt ist, was dem Handelsgerichte aus verschiedenen Fällen bekannt geworden, in welchen über die Frage, ob die Probe anzuerkennen sei, gestritten wurde, nichtsdestoweniger aber die Untersuchung derselben sofort nach ihrer Ankunft salvo jure vorgenommen war;

cf. die Sachen Blomer & Co. c. Gentz & Schultz v. J. 1851, H. A. Hellmrich c. L. F. Lorent 1856, Droop & Co. c. Johs. Heyn & Co. 1861.

Da unter diesen Verhältnissen der Kläger, welcher berechtigt war, die sofortige Untersuchung der Proben durch Sachverständige zu verlangen, nicht gehalten war, wie Beklagte meinen, ein gerichtliches Verfahren gegen sie einzuleiten, vielmehr ganz im Sinne der Bedingungen der Schlußnota handelte, als er bei beklagtischem Widerspruche gegen die begonnene Untersuchung usancemäßig das Commercium um Ernennung unpartheiischer Sachverständiger ersuchte;

da auch von den Beklagten gegen die Qualität der vom Commercium ernannten Makler mit Unrecht monirt ist, indem die Anl. 3 zeigt, daß der Kläger sich die Sachverständigen ausdrücklich für die Untersuchung und Taxation von Roggen ab St. Petersburg erbeten hat; das Gutachten auch nicht, wie Beklagte meinen, an einem Widerspruche laborirt, weil eine Waare an und für sich sehr wohl als eine gesunde und wohlgereinigte angesehen werden und dennoch einzelne theils ungesunde, theils Auswuchskörner enthalten kann;

da allem diesem nach die Beklagten das Resultat der am 17. Sept. 1861 durch die vom Commercio ernannten Makler Schützer und Lorentzen vorgenommenen Untersuchung und Taxation gegen sich gelten lassen müssen, falls sie nicht ihre Behauptung, daß die dabei adhibirte klägerische Probe alterirt worden, wahr zu machen im Stande sein werden:

daß Beklagte schuldig seien, dem Kläger die eingeklagten Bco.-ℳ 1897. sammt Zinsen vom Klagetage und den Kosten innerhalb 8 Tagen sub poena execut. zu bezahlen, sie könnten und wollten denn — wie sie sodann in gleicher Frist, Kläger Gegenbeweis vorbehältlich, bei Verlust der Beweisführung zu thun schuldig — den Beweis antreten:

daß die vom Kläger vorgesetzten Proben gefälscht oder doch durch ungehörige Uebersendung in Beuteln mit dumpfem oder feuchtem Roggen alterirt waren,

in welchem Falle sodann weiter erkannt werden soll den Rechten gemäß.

No. 14.

In Sachen J. Kallmes jr. gegen C. F. Brandt (cf. No. 6 der Gerichtszeitung 1862, Handelsgericht No. 11) hat in Folge des vom Kläger gegen das Erkenntniß vom 30. Januar eingelegten Rechtsmittels der Restitution die

Zweite Kammer des Handelsgerichts, Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Krogmann und Nölting am 15. Februar erkannt:

da die Anlage A ersichtlich keine von Behr zu Gunsten des Klägers ausgestellte Anweisung ist, sondern nur den Auftrag Behr's an den Beklagten enthält, für ihn eine Banco-Zahlung an die Vereinsbank zu machen, und zwar in der Form, in welcher solche Aufgaben regelmäßig gemacht zu werden pflegen;

da der Kläger auch aus der Erwähnung seines Namens auf der Anlage A keine Rechte herleiten kann, weil er nicht als Assignatar bezeichnet ist, sondern seines nur im Context des Auftrages dahin Erwähnung geschieht, daß Beklagter die für Behr an die Vereinsbank abzuschreibenden Bco℔ 500 beim Nachfragen, sofort für ihn, den Kläger aufgeben möge;

da nun aus solchem Auftrage Behr's an den Beklagten, wie das in den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse contra quod unwiderleglich nachgewiesen, dem Kläger ohne Weiteres keine Rechte erwachsen können;

da endlich auch ein obligatorischer Nexus zwischen dem Kläger und dem Beklagten nur dann etablirt sein würde, wenn er dem ihm bekannten, ihm die Anlage A überweisenden Kläger die, ein Versprechen involvirende, Zusicherung gegeben hätte, weil eine spätere Mittheilung an den Beklagten, daß Kläger der Ueberbringer gewesen, nicht die Wirkung haben kann, ihm einen Contrahenten unterzustellen, dem sich zu obligiren er bei Abgabe seiner Erklärung gar nicht gemeint war,

daß das angefochtene Erkenntniß erster Kammer vom 30. Januar a. c. unter Verurtheilung des Imploranten in die Kosten dieser Instanz lediglich zu bestätigen.

No. 15.

Erste Kammer. Audienz vom 17. Februar.
Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuld und Abegg.

J. W. Buck, J. Prieß Nachfolger, nom. Capt Baumann vom Schiffe Hakon Jarl (Dr. Fischer) gegen Jahns und Lund (Dr. Timm.)

Der Kläger hat von den Beklagten Bc℔ 389. 2 ß für Fracht zu fordern gehabt, von welchem Betrage Bc℔ 329. 2 ß bereits bezahlt und der Rest mit Bc℔ 60 gerichtlich deponirt worden ist. Kläger verlangt jetzt die Adjudication dieser Bc℔ 60.

Die Beklagten wenden ein: Sie hätten zum Belaufe des deponirten Betrages den folgenden Schadensanspruch geltend zu machen: Das Schiff Hakon Jarl sei am 26. August mit 2000 Tonnen Heeringen für sie hier angekommen, welche der Capitain wohl conditionirt empfangen habe; am 28. August habe ihr Everführer die Waare von Bord geholt und dabei constatirt, daß mehrere Fässer ramponirt und nicht voll gewesen seien, weshalb auch der Everführer nicht ohne Vorbehalt quittirt habe. Von diesem schlechten Zustande der Waare habe der Capitain unterlassen, ihnen eine vorgängige Anzeige zu machen, wie er dazu nach der Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk von 1786 verpflichtet sei. Sie hätten nun die Waare direct an den Speicher von Holtermann geliefert, dem sie die Heeringe auf Lieferung verkauft hatten; am 29. August habe darauf Holtermann ihnen die Anzeige gemacht, daß 6 Tonnen ramponirt und halb leer seien, und daß er ihnen dafür die Summe von Bc℔ 63 vom Kaufpreise in Abzug bringe. An demselben Tage hätten sie nun ihrerseits dem Kläger diese Anzeige gemacht und denselben aufgefordert, die Waare besichtigen zu lassen, was dieser indessen unterlassen habe.

Der Kläger erwidert: die Connossemente über die vorliegende Waare seien von dem Capitain mit der Clausel gezeichnet: „Gewicht und Inhalt unbekannt, frei von Beschädigung, Bruch und Leckage." Auf Grund dieser Clausel sei er schon an sich von jeder Verantwortlichkeit frei, selbst wegen eines etwaigen Mancos, da Heeringe bekanntlich in Salzlake verpackt würden. Außerdem aber habe sich der Capitain noch besonders exculpirt, indem er eine Verklarung (Anlage 3) belegt

habe, aus welcher sich ergebe, daß etwaige Beschädigungen und ein etwaiges Manco durch Seeunfälle entstanden seien. Der Umstand, daß der Capitain den Beklagten von der angeblichen Ramponirung keine sofortige Anzeige gemacht, habe seinen Grund darin, daß das Schiff in größter Eile entlöscht und wieder expedirt werden mußte; die Empfänger, welche ausweise des Connossements die Waare binnen 24 Stunden von Bord nehmen mußten, hätten durch eine solche Vereinbarung auf eine sofortige Anzeige verzichtet; die Verabredung sofortiger Löschung sei nämlich gewissermaßen als eine durch Convention herbeigeführte Nothlöschung zu betrachten, und mithin könne von einer Anwendung der Verordnung von 1786 keine Rede sein. — Was eventuell die behauptete Beschädigung anlange, so sei zu leugnen, daß auf der Reise eine solche entstanden sei; der beklagtische Everführer habe übrigens in seiner Quittung nur von zwei beschädigten Fässern gesprochen. — Jedenfalls hätten die Beklagten die Sache zu ihrer eigenen gemacht, indem sie die Heeringe dem Holtermann abgeliefert, ohne den angeblichen Schaden vorher constatiren zu lassen. Der von den Beklagten an sie ergangenen Aufforderung, die Waare in einem fremden Locale noch besichtigen zu lassen, hätten sie sich nicht veranlaßt gefunden, Folge zu leisten.

Die Beklagten machen geltend: Die Clausel im Connossemente befreie den Capitain nicht davon, sich hinsichtlich eines Manco zu exculpiren; zu dieser Exculpation reiche die producirte Verklarung indessen keineswegs hin, da in derselben die allgemeine Versicherung, der Schaden müsse durch Seeunfälle entstanden sein nicht genüge, vielmehr der Schaden sich aus den Vorfällen auf der Reise speciell und bestimmt ergeben müsse, wie mehrfach erkannt worden. Der gute Zustand der Fässer bei der Absendung werde durch ein Attest des beeidigten Heering-Brakers in Bergen documentirt, so wie durch eine Bescheinigung des Holtermann, ausweise welcher die übrigen Fässer sämmtlich in gutem Zustande seien. Ihr Everführer habe in der Quittung keineswegs nur von zwei ramponirten Fässern gesprochen, die auf der Quittung sich zufällig vorfindende Zahl zwei stehe vielmehr außer aller Beziehung zu deren Inhalte.

Erkannt:

da bei der Abnahme der mit dem Dampfboot Hakon Jarl von Bergen an die Beklagten verladenen 128 und 72 Tonnen Heeringe der Everführer der Beklagten seiner auf der Rückseite der Anlage 3 befindlichen Quittung den Vorbehalt hinzugefügt hat, daß einige Tonnen ramponirt und nicht voll seien, auch durch diesen Vorbehalt die Schadensansprüche der Beklagten an und für sich gewahrt erscheinen müssen;

da aber aus der Bemerkung, daß einige Tonnen „ramponirt“ gewesen seien, sich ohne Weiteres nicht ergiebt, daß einige Beschädigung der Art vorgelegen habe, daß nach der Vorschrift des § 9 der Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk der Capitain, bevor er die Lage brach, zu einer Anzeige an die Beklagten verpflichtet gewesen wäre;

da ferner die Beklagten selbst erklären, daß die neben dem erwähnten Vorbehalte des Everführers auf der Anlage 3 befindliche Zahl „2“ außer aller Beziehung zu diesem Vorbehalte stehe, und somit davon ausgegangen werden muß, daß der Everführer keineswegs dem Capitain gegenüber constatirt hat, wie viele Tonnen nicht voll, und in wie weit dieselben leer gewesen seien;

da nun auch Beklagte, nachdem sie den Capitain und den Kläger als dessen Vertreter alsbald nach der Löschung vergeblich zu einer Besichtigung aufgefordert hatten, nicht etwa nunmehr sofort dazu geschritten sind, durch unparteiische Sachverständige oder sonst in geeigneter Weise die äußere Beschaffenheit der Tonnen und den Manko an denselben festzustellen;

da hiernach — was zunächst den Manko betrifft — Beklagte zur Begründung ihres Schadensanspruchs jedenfalls den Beweis ihrer Behauptung, daß 6 Tonnen bei der Abnahme vom Bord nur halb voll gewesen seien, führen müssen;

da dann aber auch Beklagte nicht bestreiten, daß auf dem ihnen vom Ablader zugestellten Connossements-Exemplar, ebenso wie auf dem jetzt vom Kläger producirten, die Clausel „Gewicht und Inhalt unbekannt“ sich befunden habe und daher Beklagte auch den ferneren Beweis, daß die 6 Tonnen bei der Verladung in Bergen vollständig mit Heeringen gefüllt gewesen seien, zu erbringen haben, für diesen Beweis aber das bisher von den Beklagten Beigebrachte nicht genügen kann;

da dann ferner die Thatsache, daß die Beklagten eine wirkliche Beschädigung der 6 Tonnen nicht mindestens sofort nach der Abnahme vom Bord constatirt haben, dahin führen muß, daß — wie auch in Sachen Capt. Fetterlein c. Wm. Oswald & Co. in den Jahren 1851/52 ausgesprochen ward — die Beklagten jetzt nicht mehr darauf zurückkommen können, daß der Capitain, bevor er die Lage brach, ihnen eine Anzeige hätte machen müssen, und mithin dem Capitain, wenn der Manko unterwegs entstanden sein sollte, die Befugniß, sich wegen desselben zu exculpiren, nicht abgeschnitten werden kann;

da jedoch die vom Kläger producirte Verklarung, wenn sie auch auf Seeunfälle sich beruft, durch welche eine Beschädigung der Ladung herbeigeführt sein kann, doch darüber, wie der Verlust an dem hier in Rede stehenden Theil der Ladung entstanden sei, oder — wie der § 6 der angeführten Verordnung es vorschreibt — darüber, „wo der an der Waare befindliche Defect geblieben sei", keinen Aufschluß giebt, hiernach aber der Capitain wegen dieses Defects, wenn derselbe unterwegs entstanden sein sollte, sich besser zu rechtfertigen haben würde:

daß Beklagte zu beweisen haben:

daß von den mit dem Dampfboot Hakon Jarl an sie verladenen 128 und 72 Tonnen Heeringe 6 Tonnen bei der Abnahme vom Bord zur Hälfte leer gewesen seien, und daß diese 6 Tonnen bei der Verladung derselben in Bergen vollständig mit Heeringen gefüllt waren.

Es haben die Beklagten diesen Beweis innerhalb 14 Tage bei Strafe des Beweisverlustes anzutreten und wird dem Kläger nicht nur der Gegenbeweis vorbehalten, sondern auch der gleichzeitig mit demselben anzutretende Beweis — hier den Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich —:

daß durch die Seeunfälle, von welchen das Schiff Hakon Jarl auf der Reise von Bergen hierher betroffen ward, der Verlust an dem Inhalt der 6 Tonnen herbeigeführt worden ist.

Es bleibt für das Beweis- und Gegenbeweisverfahren die Benutzung des bisher Beigebrachten, soweit dienlich, den Partelen vorbehalten und werden denselben auch hinsichtlich der Berechnung des Schadens, falls ein solcher vom Kläger zu vergüten sein wird, für jetzt alle Gerechtsame reservirt.

Niedergericht.

No. 1.

Benitt Wwe. cum curatore (Dr. Bergmann) gegen Paul Harms uxor. nois. Catharina geb. Benitt (Dr. D. Hertz).

Die Klägerin hat ihre Hofstelle, welche sie seit dem Tode ihres Mannes bewirthschaftet und welche sie nach dem Ehecontracte mit ihrem Manne nach dessen Tode übernommen hatte, ihrem ältesten Sohne Paul Benitt gegen eine Annehmungssumme von Ct.ℳ 16,000. und einen für ihre Lebenszeit sich vorbehaltenen Altentheil übergeben, in Betreff ihres übrigen Vermögens bestimmt, daß alle ihre Kinder nach ihrem Tode zu gleichen Theilen ihren übrigen Nachlaß erben sollten. Die übrigen Kinder der Klägerin hatten auch in den Altentheilscontract consentirt, nur der Beklagte hatte im Namen seiner Frau, einer Tochter der Klägerin, seinen Consens verweigert und verlangt Klägerin nun, daß der Beklagte den fraglichen Contract mit unterschreibe und in die Umschreibung der Hofstelle consentire.

Der Beklagte macht dagegen geltend, daß nach dem hamburgischen Landrechte, wie nach Gewohnheitsrecht, nur der Vater, nicht auch die Mutter zu einer solchen Abtheilung berechtigt sei. Dieselbe bedürfe auch gerichtlicher Confirmation, einestheils um die Erben davor zu schützen, daß sie nicht durch eine solche Abtheilung benachtheiligt werden, anderntheils könne die der Uebergeberin zu bestimmende Abtheilung ohne gerichtliche Confirmation gar nie eine auf dem Grundstücke haftenden Reallast werden. — Die Klägerin, der im Ehecontracte nur erlaubt sei, die Stelle zu einer bestimmten Summe zu übernehmen, sei damit nicht berechtigt, sie auch willkürlich einem ihrer Kinder zu übergeben. — Die Uebernehmungssumme von Ct.ℳ 16,000. sei übrigens auch viel zu gering; er selbst sei bereit,

in den Contract einzutreten und Ct.ℋ 18,000., falls nöthig, noch mehr zu geben. Da er also als Erbe in seinem Rechte durch diese Abtheilung beeinträchtigt sei, sei er gewiß berechtigt, sich zu weigern, seinen Consens zu einem solchen Contracte zu geben.

Die Parteien kamen inzwischen überein, daß zwei Sachverständige taxiren sollten, ob die Annehmungssumme von Ct.ℋ 16,000. für das Gut zu gering sei oder nicht, und bringt die Klägerin deren Gutachten in der Replik bei, nach welchem die Uebernehmungssumme nicht zu gering sei. Uebrigens sei nach § 82 des hamburger Landrechts, wie nach Usance, die Wittwe ebensowohl wie ihr Mann berechtigt, ihrem Sohne (meistens dem ältesten) ihr Gut abzutreten. Einer gerichtlichen Confirmation eines solchen Contractes bedürfe es nicht; dieselbe könne überhaupt nur den Sinn haben, daß die Erben nicht durch eine etwa zu geringe Abtheilungssumme beeinträchtigt werden; daß dies hier nicht geschehen, beweise schon zur Genüge das Gutachten der Sachverständigen.

Der Beklagte will das Gutachten der Sachverständigen, da dieselben ihr Gutachten nicht beeidigt hätten, nicht anerkennen.

Erkannt am 10. Februar 1862:

Da um die Bauerngüter thunlichst ungetheilt zu erhalten, gemeinrechtlich nicht nur die gesetzliche Erbfolge bestimmten Söhnen (bald dem ältesten, bald dem jüngsten) ein Vorzugsrecht in der Uebernahme der elterlichen Bauernstelle vor den Geschwistern gewährt, sondern auch die Uebertragung solcher Güter zu einem angemessenen Preise auf den Anerben schon bei Lebzeiten des Besitzers, unter Vorbehalt eines Altentheiles, eine sehr gewöhnliche Maßregel ist.

Da nun, soviel solche Gutsübergabe bei Lebzeiten des Besitzers betrifft, nach gemeinem Rechte nicht nur der Vater, sondern auch die Mutter nach ihres Ehemannes Tode befugt ist, einem der Kinder das Gut zu einem angemessenen Werthe bei ihren Lebzeiten zu übergeben,

Buddeus in Weiske's Rechtslexicon Bd. I. p. 522,
Pfeiffer praktische Ausführungen Bd. IV. p. 130,

Da das topische Recht in Art. 82 des Landrechts, wo dem ältesten Sohne als nächstem Anerben bei der Erbtheilung ein Vorzugsrecht vor den Geschwistern in Bezug auf die Uebernahme der elterlichen Landstelle ausdrücklich zugesprochen wird, implicite auch, und zwar

verbis: un da Vader effte Moder keimandt der Söhne nahmkundig gemaket effte by ehrem leuenda angesettet hadde, welcher dat Erve na ehrem Dode besitten schulde — —

das Recht der Mutter, schon bei Lebzeiten das Gut einem der Söhne abzutreten, anerkennt, —

da im vorliegenden Falle dies Recht der Klägerin um so weniger bestritten werden kann, als ihr in § 8 des Ehezärters (Anl. 1) für den eingetretenen Fall, daß ihr Ehemann mit Hinterlassung von Kindern vor ihr versterben würde, in Bezug auf das fragliche Geschäft sogar viel weiter gehende Rechte und Befugnisse eingeräumt sind, —

da es zur Gültigkeit solcher Gutsübergaben keineswegs erforderlich ist, daß der Uebernehmer des Gutes mit dem vollen wirklichen Werthe desselben, den etwa ein Anderer dafür zahlen möchte, belastet werde, indem es vielmehr gerade zum Wesen solcher, Zweckes Erhaltung des Gutes und Vorbeugung einer realen Theilung geschlossenen Verträge gehört, daß der Uebernehmer dasselbe zu einem angemessenen mäßigen Preise erhalte, bei dem er auch nach den seinerseits zu übernehmenden Abfindungssummen der Miterben künftig auf solchem Gute seine Rechnung werde finden können, in welcher Beziehung keine weitere Beschränkung besteht, als daß dabei der Pflichttheil der abgefundenen Miterben nicht verletzt werden darf, —

arg. Art. 82 des Landrechts,
Weiske l. c. pag. 504. 523. 537.,
Pfeiffer l. c. pag. 145,
Walter, System des deutschen Privatrechts p. 597,
Mittermaier deutsches Privatrecht Bd. II. § 198 sub 4 (4. Aufl.),
Runde, Leibzucht Bd. III. pag. 504/5,
Kompe, Gutsanschlag, in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 14 pag. 181.

Da nun Beklagter überall nicht zu behaupten vermocht hat, daß der klagend beigebrachte Ver-

trag die eventuellen Pflichttheilsrechte seiner Ehefrau an dem elterlichen Vermögen und Nachlasse verletze oder eine inofficiöse Schenkung maskire, — und dessen Ausführung, daß die fragliche Ueberlassungssumme um ein paar tausend Mark hinter dem wahren Werthe des Geschäftes zurückbleibe, (die, wenn sie begründet wäre, „keinenfalls eine Pflichttheilsverletzung für die beklagtische Ehefrau" constatiren würde), um so weniger in Betracht kommt, als die beiderseitig erwählten Sachverständigen die Uebernehmungssumme von Ct.⅌ 16,000. — unter Berücksichtigung des von der Klägerin reservirten Altentheiles — für völlig angemessen erklärt haben und als die Klägerin die Antheile der abgefundenen Kinder in ganz verständiger und gerechter Weise durch die weiteren Stipulationen des fraglichen Vertrages sicher gestellt hat,

da eine Beeidigung des zu den Acten gebrachten Gutachtens, zu dessen Herbeiführung die Klägerin, ohne rechtlich dazu verpflichtet zu sein, sich ersichtlich nur zur moralischen Rechtfertigung ihrer Handlungsweise in der Klage erboten hatte, nicht geboten erscheint,

da eine gerichtliche Bestätigung derartiger Verträge bei uns gesetzlich nicht vorgeschrieben ist und nach der Praxis nur da erfordert wird, wo das Interesse concurrirender unmündiger Kinder in Frage steht,

da zur Zeit eine Erbfolge in dem elterlichen Nachlaß noch nicht eröffnet ist, und daher weder Klägerin ein Verzeichniß ihres sonstigen Vermögens vorzulegen hat, noch darüber jetzt schon zu verhandeln und zu streiten ist, ob und was dem Uebernehmer der Stelle nach dem künftigen Tode der Klägerin bei der dann stattfindenden Erbtheilung rücksichtlich anderer von der Mutter für ihre gemachten Verwendungen auf seinen Erbtheil etwa zu conferiren haben wird; —

daß der uxor. noie. Beklagte zu verpflichten sei, innerhalb acht Tage

1) dem als Anl. 2 zur Klage producirten Vertrage durch seine Mitunterschrift beizutreten, —
2) demnächst aber auch sofort in die Umschreibung der annoch auf Peter Benitt's Namen auf pag. 21 des hiesigen Landhypothekenbuches geschrieben stehenden Hofstelle, groß 18 Morgen Landes, sowie der der Klägerin gehörenden 9 Morgen 28 Ruthen Binnenlandes im hannoverschen Finkenwerder, auf den Namen von Paul Benitt, gegen dessen, in Gemäßheit der Bestimmungen des § 3 des Ueberlassungs-, Annehmungs- und Altentheils-Contractes zu beschaffende Einschreibung von Ct.⅌ 12,000. und Ct.⅌ 3000. vor den betreffenden Hypothekenbehörden zu consentiren und zwar beziehungsweise unter dem Präjudize, daß im Nichtgelebungsfalle seine Unterschrift unter Anl. 2 für geleistet angenommen und sein Consens gerichtsseitig ergänzt werden soll.

Daß endlich der Beklagte der Klägerin die Kosten dieses Processes zu erstatten schuldig sei.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Ponff & v. Döhren.

№ 9. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 1. März. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Derenberg c. Arnthal & Co.— Firgau c. Auffm' Ordt. — Obergericht: Piper c. Duncker. — Präturen: Kallmann c. Dröge.

Handelsgericht.

No. 16.

Zweite Kammer. Audienz vom 26. Februar 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Krogmann und Nölting.

J. Derenberg (Dr. Nathan) gegen Jacob Arnthal & Co. (Dr. Levy).

Derenberg hat folgende Klage angestellt: Am 28. November 1861 habe er von den Beklagten für den Nominalwerth von 10,000 ℳ Actien der Friedrich-Wilhelm-Nordbahn zu dem Course von 48¼ % gekauft. Laut mündlicher Uebereinkunft sollten die Beklagten die erste Hälfte dieser Papiere am 31. December 1861, die zweite Hälfte am 31. Januar 1862 liefern. In einer schriftlichen Notiz, die er, Kläger, alsbald darauf den Beklagten zugestellt, habe er irrthümlicher Weise den 31. December als Lieferungstermin der ganzen gekauften Partie bezeichnet. Nun hätten die Beklagten ihm am 31. December nur für 5000 ℳ der betreffenden Actien geliefert, weigerten aber auch am 31. Januar die Lieferung der ferneren 5000 ℳ. Er beantrage daher, die Beklagten zu dieser Lieferung zu verpflichten, dieselben auch in die Erstattung des aus der verspäteten Lieferung erwachsenen oder etwa noch erwachsenden Schadens zu verurtheilen, in Entstehung der Lieferung aber die Beklagten in die Differenz zwischen dem Kaufpreise der Actien und dem höchsten Course, zu welchen dieselben seit dem 31. Januar notirt gewesen, zu verurtheilen.

Arnthal & Co. wenden ein: Sie hätten zwar dem Kläger am 28. November für 10,000 ℳ Nordbahn-Actien zu dem angegebenen Course verkauft, indessen leugneten sie, daß die Lieferungszeit in der vom Kläger behaupteten Weise fixirt gewesen, vielmehr hätten sie die ganze Partie, wie in der klägerischen Note angegeben, am 31. December zu liefern gehabt. Nun hätten sie aber in Folge eines Versehens dieses Lieferungsgeschäft falsch gebucht und nur den Verkauf von 5000 ℳ in ihren Büchern angemerkt gehabt, in Folge dessen am 31. December auch nur 5000 ℳ geliefert. Die Actien hätten indessen an jenem Tage noch unter dem Kaufpreise gestanden, und Kläger habe deshalb die zweiten 5000 ℳ nicht verlangt; jetzt dagegen, wo die Papiere bedeutend gestiegen seien, könne Kläger auf jene Lieferung nicht mehr zurückkommen, denn bei bestimmt verabredetem Lieferungstage könne die Lieferung wenn sie an jenem Tage nicht gefordert worden, auch später nicht mehr beansprucht werden; das Geschäft löse sich vielmehr in solchem Falle in ein reines Differenz-Geschäft auf. Sie berufen sich dafür auf den Preußischen Entwurf zum Neuen Handelsgesetzbuche. —

Eventuell opponirten sie noch die Einreden der abgemachten Sache und des mangelnden Consenses betreffs des Kaufes der zweiten 5000 ℛℳ. Die erste Einrede gründe sich auf den Umstand, daß die Parteien am 31. December in der Weise mit einander abgerechnet hätten, daß Kläger den Beklagten den Betrag mehrerer von ihnen empfangener Actien nach Abzug des Betrages anderer an die Beklagten gelieferter Werthpapiere zugeschrieben habe; hiedurch seien die December Regulirungen erledigt. Die Einrede des mangelnden Consenses, ergebe sich aus der Erwägung, daß rücksichtlich der zweiten 5000 ℛℳ Nordbahn-Actien gar kein Consens unter den Parteien vorhanden gewesen sei, indem der Kläger behaupte, er habe diese Papiere pr. 31. Januar kaufen wollen, Beklagte aber pr. 31. December verkaufen wollten.

Der Kläger erwidert: Die beklagtische Behauptung, im December nur 5000 ℛℳ aus dem Grunde geliefert zu haben, weil sie das Geschäft irrig gebucht hätten, klinge sehr unwahrscheinlich, jedenfalls mußte es den Beklagten am 31. December nahe liegen, ihre Noten über die an diesem Tage zu regulirenden Geschäfte durchzusehen, und würden sie bei einer solchen Durchsicht trotz ihrer angeblich fehlerhaften Buchung die vollen 10,000 ℛℳ der Actien zu dem ihnen damals günstigen Course gewiß geliefert haben, wenn sie nicht eben wohl gewußt hätten, daß jene Note eine irrthümliche sei, und daß die zweiten 5000 ℛℳ am 31. Januar zu liefern seien. Kläger dagegen, welcher überdies gar nicht im Besitze einer beklagtischen Note über das Geschäft gewesen sei, habe die zweiten 5000 ℛℳ am 31. December gar nicht fordern können, da er sie eben erst im Januar erwartete. Indessen werde es auf den Beweis, daß die streitigen Actien wirklich pr. Januar verkauft seien um des willen gar nicht ankommen, weil selbst nach der abweichenden beklagtischen Darstellung eine Lieferungspflicht derselben unbedingt vorliege. Ueber den Verkauf von 10,000 ℛℳ und die bis jetzt erst beschaffte Lieferung von 5000 ℛℳ seien nämlich die Parteien einig, die Angaben derselben wichen nur darin von einander ab, wann die zweiten 5000 ℛℳ zu liefern gewesen seien; sei nun in diesem Punkte die beklagtische Behauptung einer Lieferungspflicht im December wirklich richtig, so seien selbst in diesem Falle die Beklagten zu verurtheilen. Denn auch um auf eine Lieferungspflicht im December jetzt zurückzukommen, hätte es keinenfalls einer klägerischen Aufforderung im December bedurft. Bei einer bestimmt vorgeschriebenen Lieferungszeit sei der Lieferungspflichtige, wenn er die rechtzeitige Beschaffung der ihm obliegenden Leistung unterlasse, im Verzuge, ohne daß es einer speciellen Interpellation des Lieferungsberechtigten bedürfe. Dieser gemeinrechtliche Grundsatz sei unter Anderm für einen ähnlichen Fall wie der vorliegende anerkannt vom Handelsgericht im Jahre 1852 in Sachen Steinfaß c. Emanuel; *) im vorliegenden Falle wären die Beklagte aber um so mehr zur Lieferung ohne klägerische Aufforderung verpflichtet gewesen; als nur sie eine Note besessen hätten, und als sie auch den übrigen Theil der Actien ohne Aufforderung geliefert hätten; nach ihrer eigenen Darstellung seien daher die Beklagten schon im December mit der Lieferung im Verzuge gewesen. Indessen bedürfe es zur Klagbegründung, gar nicht einmal einer mora der Verkäufer im December, denn die Klage gehe auf Erfüllung des Contracts, und diese könne auch von dem nicht säumigen Verkäufer verlangt werden; eine mora des Klägers dagegen liege unmöglich vor, wenn er bei mangelhafter Lieferung nicht sofort den Rest verlangt habe, cf. Mommsen „die Lehre von der Mora“ pag. 173., und selbst eine mora des Käufers berechtige den Verkäufer höchstens unter der Voraussetzung zum Rücktritte vom Vertrage, daß er diesen seinem Mitcontrahenten sofort angezeigt habe. cf. Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 26. April 1861, Young und Mac Donald c. Bülau (No. 4 der Gerichtszeitung). Sei es somit einerseits unzweifelhaft, das selbst nach der beklagtischen Darstellung dieselben auch jetzt noch aus dem Contracte verpflichtet seien, so sei es andererseits eben so gewiß, daß Kläger auch zu seinem Verlangen der reellen Lieferung berechtigt sei und nicht auf das Verlangen der Cours-Differenz beschränkt sein könne. Erstens nämlich habe er an der Lieferung ein weitergehendes Interesse gehabt als die Differenz am Lieferungstage, denn er habe die Actien seinerseits zum 31. Januar weiter verkauft gehabt und

*) In diesem Falle hatten Handelsgericht (Präses Herr Dr. Versmann) und Obergericht übereinstimmend ausgesprochen:

„— indem es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen einer ausdrücklichen Aufforderung zur Lieferung bei bestimmt vorgeschriebener Lieferzeit nicht bedurfte, um den Kläger (Verkäufer) in Verzug zu setzen.“

sei nun am Lieferungstage genöthigt gewesen, dieselben — wenigstens theilweise — anzuleihen, müsse sie also jetzt seinem Darleiher zu dem inzwischen gestiegenen Course restituiren. — Zweitens aber sei nach allen Rechtsgrundsätzen der Käufer nicht auf eine Klage auf das Interesse beschränkt, sondern habe jedenfalls die Wahl ob er dieses oder reelle Erfüllung des Contractes verlangen wolle. Daß diese bekannten Grundsätze des gemeinen Rechts auch beim Lieferungshandel über Werthpapiere nicht umzustoßen seien, weil hin und wieder — keinenfalls regelmäßig — die Speculation der Contrahenten nur auf die Cours-Differenz am Lieferungstage ziele, sei von den Schriftstellern über diese Frage genugsam ausgeführt worden:

cf. Bender, Verkehr mit Staatspapieren; im Archiv für Civil. Praxis. VIII. Pag. 94. Thöl, Verkehr mit Staatspapieren. Pag. 231.

Der dagegen von den Beklagten citirte Entwurf eines neuen Handelsgesetzbuches lasse einerseits den Nachweis eines die Differenz übersteigenden Interesses des Käufers an der Lieferung ausdrücklich zu, und erhalte auch andererseits wie selbst von den Verfassern nicht verkannt worden (cf. Lutz: Protocolle) keineswegs eine Interpretation der bestehenden Gesetze, sondern eine neue vermeintliche Zweckmäßigkeitsbestimmung, die aber, in Hamburg nicht Rechtens sei.

Die Einrede der abgemachten Sache sei gänzlich unbegründet, denn aus der Bezahlung des Kaufpreises für eine theilweise beschaffte Lieferung — ein Weiteres enthalte die Regulirung im December nicht — erhelle niemals ein Verzicht des Käufers auf den Rest der Lieferung; im vorliegenden Falle sei ein solcher Verzicht eventuell schon dadurch ausgeschlossen, daß Kläger seiner Buchung nach die Actien im December gar nicht fordern konnte. Ebenso hinfällig erscheine die Einrede des mangelnden Consenses, welche überdies im totalen Widerspruche mit der eigenen beklagtischen Darstellung stehe; nach letzterer sollte die beiderseitige Absicht der Contrahenten auf eine Lieferung im December gegangen sein, nach klägerischer Darstellung auf eine Lieferung theils pr. December, theils pr. Januar; nach beiden Darstellungen sei also ein Consens der Parteien auch über den Lieferungstermin vorhanden gewesen; welche Darstellung die wahre, sei aber juristisch einerlei, da, wie ausgeführt, selbst der beklagtischen Erzählung nach, dieselben noch jetzt zur Lieferung verpflichtet seien, es also keines Beweises der klägerischen Darstellung mehr bedürfe. Aber selbst wenn eine Meinungsverschiedenheit der Contrahenten über den Lieferungstermin der zweiten 5000 ℛ︁ Actien wirklich vorgelegen hätte, so würde doch diese nur die Ausführung des Contractes, nicht dessen wesentliche Voraussetzungen selbst getroffen haben. Die Essentialia des Contractes seien die hier unzweifelhaft vorhandene Uebereinstimmung der Contrahenten über Object und Preis, der Kauf konnte also perfect werden, selbst wenn in der That zur Zeit keine Uebereinstimmung über die Modalität seiner Erfüllung vorgelegen hätte.

Erkannt:

Da beim Handel über Werthpapiere mit genau festgesetzter Erfüllungszeit der säumige Cotrahent nur zur Bezahlung der Differenz zwischen dem contractlichen Course und dem Börsencourse des Erfüllungstages gehalten ist, und das auch nur dann, wenn er von dem ihm gegenüber stehenden Contrahenten am Erfüllungstage gehörig interpellirt und durch Oblation in moram versetzt worden ist;

cf. Erkenntniß erster Kammer, in Sachen de Roche, c. Israel Joseph vom 14. Juli 1856; Entscheidungsgründe des Ober-Appell.-Gerichts zum Erkenntniß in Sachen S. M. Nathanson c. Nehemias Joseph vom 31. Janrua 1859.

da somit die Klage, soweit sie sich auf einen noch unerfüllten Kauf von 5000 ℛ︁ Friedrich-Wilhelm-Nordbahn-Actien per ultimo December 1861 beruft, ganz abgesehen davon, daß Kläger selbst eigentlich bestreitet, einen solchen Handel abgeschlossen zu haben, schon deshalb abzuweisen sein würde, weil Kläger nicht hat behaupten können, die Beklagten ultimo December 1861 auch nur zur fraglichen Lieferung aufgefordert zu haben;

da dagegen Beklagte allerdings verpflichtet sein würden, dem Kläger die Differenz zwischen dem contractlichen Lieferungscourse und dem Börsencourse vom 31. Januar d. J. auf 5000 ℛ︁ genannter Actien zu bezahlen, wenn Kläger seine bestrittene Behauptung, solche 5000 ℛ︁ per ultimo Januar 1862 zu $48\frac{1}{4}$ % von den Beklagten gekauft zu haben, sollte wahr machen können;

daß Kläger schuldig sei, innerhalb 8 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses, Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, bei Verlust der Beweisführung den Beweis anzutreten,

daß er am 28. November 1861 von den Beklagten 10,000 ℛ𝓈 Actien der Friedrich-Wilhelm-Nordbahn zum Course von 48¼% und zwar halb ultimo December 1861, halb ultimo Januar 1862 zu liefern, gekauft habe.

Nach beendigtem Beweisverfahren soll sodann weiter erkannt werden, wie Rechtens.

No. 17.

Erste Kammer. Audienz vom 23. Januar 1862. Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter die Herren Blume und Dürrieu.

Victor Firgau (Dr. Wolffson) c. Conrad A. Auff'm Ordt in Vollmacht der neuen 3. Assecuranz-Compagnie von 1860. (Dr. Sieveking.)

Der Kläger verlangt Bco℔ 210. 7, als Schadenersatz für einen auf der Reise von Havre nach Callao im Schiffe Akyab beschädigten Ballen Manufacturwaaren, welchen die beklagtische Gesellschaft laut Police Anlage 1, für diese Reise versichert hat.

Der Beklagte entgegnet: Das Schiff sei Anfang Juli 1860 in Callao angekommen; die Waare sei dann am 15. Juli im Schiffe besichtigt, ohne jedoch geöffnet zu werden, alsdann aus Land gebracht, dann dort liegen geblieben und erst nach Verlauf von 6 Monaten in Auction verkauft, nachdem sie einen Tag vor der Auction besichtigt worden, jedoch von Leuten, über deren Qualität, Sachkunde und Unparteilichkeit nicht das Mindeste constatire. Es sei somit den Bestimmungen des § 96 des allgemeinen Plans zuwider gehandelt worden, welcher die alsbaldige Oeffnung und Untersuchung der beschädigten Waaren durch unparteilische und beeidigte Sachverständige vorschreibe; denn die erste Besichtigung im Schiffe sei nur geschehen, um zu constatiren, daß die Waare ordnungsmäßig gestaut gewesen; die zweite Besichtigung (vor der Auction) sei aber erst nach 6 Monaten und von unbeeidigten Leuten vorgenommen, und ebenso habe die Auction erst nach Ablauf dieser Zeit stattgefunden, so daß der Werth der Waare nach Ankunft des Schiffes aus beiden nicht mehr entnommen werden könne. Es ergebe sich aus den producirten Attesten ferner kein Beweis des Seeschadens und zwar auf der letzten Reise, noch der Richtigkeit des Preises, noch der Trennung des Beschädigten vom Unbeschädigten, wie § 96 dies Alles vorschreibe. Ein nachträglicher Beweis sei auch nicht zu führen, da die Waare fort sei, auch habe der Kläger für eine Verklarung nicht gesorgt und sei sonach nicht im Stande, seine Ansprüche an den Capitain, dem Assecuradeur zu übertragen.

Der Kläger replicirt: Die Verklarung sei nach mehrfachen handelsgerichtlichen Präjudicaten (Laeisz c. Wachter 1860 und Gilles c. Kröger), kein nothwendiges Beweismittel für die vorhandene Beschädigung, vielmehr müsse auch jeder andere Beweis genügen. Es sei bekannt, wie schwer es sei, namentlich französische Schiffe drüben zur Verklarung zu zwingen, und werde immer so verfahren, wie geschehen. Die erste Besichtigung sei allerdings vorgenommen, um den Capitain zu disculpiren, es bedürfe aber keines weiteren Documents, um die Beschädiguug auch dem Assecuradeur gegenüber zu constatiren. Wenn der Gegner monire, daß die Waare nicht von beeidigten Sachverständigen besichtigt sei, so habe die erste Besichtigung von beeidigten Leuten stattgefunden, für die zweite schreibe es der Plan nicht vor. Die Monitur, daß die Auction so spät stattgefunden und die Taxe für den Werth der Waare nicht maaßgebend sei, komme nicht in Betracht, da die Taxe nach dem Plan vor dem Verkaufe geschehen müsse, zu spät aber habe der Verkauf nicht stattgefunden, da ein sofortiger Verkauf durch den Plan nicht vorgeschrieben auch nicht thunlich gewesen sei. Eine Trennung des Beschädigten vom Unbeschädigten habe nicht stattgefunden, weil Alles beschädigt war. Wenn übrigens der Beklagte aus der Nichtgelebung des allgemeinen Plans in jedem einzelnen Punkte abseiten des Versicherten die Nichtigkeit der Versicherung folgere, so sei das unzulässig, denn der Plan habe nur den Sinn, daß, wenn den Vorschriften desselben in allen Theilen genügt sei, der Assecuradeur das als definitiven Beweis mit Ausschluß des Gegenbeweises anerkenne, dem Versicherten dagegen stehe es frei, seinen Schaden anderweitig zu beweisen und sei dann der Assecuradeur ebenso verhaftet.

Erkannt:

da die bezüglichen Bestimmungen des § 96 des allgemeinen Plans Hamburger Seeversicherungen, welche ausweise der Anlage 1 auch für die hier

in Rede stehende Versicherung maßgebend sind, nur dahin aufgefaßt werden können, daß wenn eine versicherte Waare im beschädigten Zustande an ihrem Bestimmungsorte anlangt, baldthunlichst sowohl die Untersuchung derselben durch Sachverständige, als auch der öffentliche Verkauf stattfinden solle,

da nun hinsichtlich der Untersuchung des Ballens Tuche, für welchen, weil er auf der Reise nach Callao eine Beschädigung erlitten habe, hier Ersatz verlangt wird, Kläger sich darauf beruft, daß alsbald nach der Ankunft des Schiffes in Callao — ausweise des von ihm im Auszuge zu den Acten gebrachten Berichts vom 25. Juli 1860 — vom dortigen französischen Consul ernannte Sachverständige eine Besichtigung am Bord des Schiffes gehalten und unter anderen Theilen der Ladung auch diesen Ballen für beschädigt erklärt haben,

da aber diese Besichtigung, wie aus dem Auszuge des Berichts der Sachverständigen sich ergiebt, nur den Zweck hatte, zu ermitteln, ob den Schiffer wegen der Beschädigung der Ladung ein Vorwurf treffe, und durch sie daher nur festgestellt ward, in welchem Umfange die Ladung, ohne daß der Schiffer deshalb verantwortlich gemacht werden könne, beschädigt sei, während durch die im cit. § 96 vorgeschriebene Untersuchung an den einzelnen versicherten Gegenständen festgestellt, und ferner auch ermittelt werden soll, ob die Beschädigung nicht etwa durch Umstände veranlaßt sei, für welche auch der Versicherer nicht in Anspruch genommen werden könne,

da hiernach der am 25. Juli 1860 vorgenommenen Besichtigung eine weitere rechtliche Bedeutung, als sie eine Verklarung gehabt hätte, nicht zugeschrieben werden, und sie daher, so wenig wie eine Verklarung, die im § 96 des Plans vorgeschriebene Untersuchung ersetzen kann, wie denn auch es keinem Zweifel unterliegt, daß unter den Sachverständigen im § 96 nicht Schiffskundige, sondern Waarenkundige zu verstehen sind,

da hiernach im vorliegenden Falle es nur auf die Untersuchung der Waare ankommen kann, auf welche sich das vom 31. Januar 1861 datirte Attest bezieht, und somit nahezu 7 Monate nach Ankunft des Schiffes verstrichen sind, bevor zu der Untersuchung geschritten ward,

da nun freilich Kläger hinsichtlich des Verkaufs der Waare behauptet, daß derselbe früher, als geschehen, nicht habe ausgeführt werden können, diese Behauptung aber, auch wenn sie für die Untersuchung der Waare ebenfalls aufgestellt wäre, eine Beachtung nicht finden könnte, weil Kläger irgend welche Umstände, die einer frühern Untersuchung und einen früheren Verkauf unmöglich gemacht hätten, und die ihm zum Beweise hätten verstellt werden können, nicht namhaft gemacht hat,

da unter diesen Umständen und bei dem ersichtlichen Interesse, welches der Versicherer an der Erfüllung der hier in Rede stehenden Contractsbestimmungen hat, die Nichterfüllung derselben es zur Folge haben muß, daß Beklagter von der Verpflichtung zum Schadenersatze befreit werde, es hiernach aber eines Eingehens auf die sonst noch vom Beklagten vorgeschützten Einreden nicht bedarf:

daß Kläger unter Verurtheilung desselben in die Proceßkosten, mit seiner Klage abzuweisen sei.

Obergericht.

No. 8.

In Sachen Eduard Piper gegen J. W. Duncker (cf. Gerichtszeitung No. 28. 1861, Handelsgericht No. 76) hat das Obergericht in Folge beiderseitiger Appellation gegen das handelsgerichtliche Erkenntniß am 21. Februar erkannt:

Da der Allgem. Plan den Auctions-Verkauf der beschädigten Waare als das für die Parteien verbindliche Mittel der Feststellung anordnet, ob die Beschädigung den den Assecuradeur treffenden Betrag erreicht, durch diese Anordnung aber die Befugniß des Versicherers nicht ausgeschlossen wird, durch seinseitiges Aufgebot zur Erzielung eines, den wirklichen Werth erreichenden oder demselben nahe kommenden Zuschlags beizutragen, indem der Betheiligung der Versicherer bei der Versteigerung nicht der Einfluß beigemessen werden kann, daß

andere Bieter durch diese Betheiligung veranlaßt werden, ihre Gebote über den wirklichen Werth hinüber zu steigern, sondern nur die Einwirkung, daß Andere durch solche Aufgebote veranlaßt werden, die Waare innerhalb der Grenzen ihres wahren Werthes zu einem demselben nahe kommenden Preise zu erstehen, während sie dieselbe in Ermangelung des Aufbietens der Versicherer oder anderer Concurrenten unter dem wirklichen Werthe erstanden haben würden;

da auch die Anwendung arglistiger Anpreisung der Waare, oder sonstiger auf Erzielung eines den wirklichen Werth übersteigenden Preises abzweckender und deshalb rechtlich unzulässiger Mittel dem Beklagten, abgesehen von den unter seiner Verantwortlichkeit gemachten Ankäufen, nicht beigemessen worden ist, indem die Animirung von Concurrenten durch die das Interesse des Versicherers vertretenden Makler für eine unerlaubte Einwirkung nicht zu erachten ist;

da aber, wenn demnach die Preise, welche in Folge des Mitaufbietens des Versicherers von anderen Käufern gezahlt worden sind, als die richtigen, den wirklichen Werth constatirenden behandelt werden müssen, ein Gleiches nicht auf die unter Verantwortlichkeit des Versicherers gemachten Ankäufe Anwendung finden kann, vielmehr bis auf Weiteres anzunehmen ist, daß diese Ankaufspreise den wirklichen Werth um so viel übersteigen, als das Uebergebot des Versicherers über das vorangegangene Gebot Unbetheiligter betragen hat,

da indessen diese Annahme durch den vom Assecuradeur zu erbringenden Beweis entkräftet werden kann, daß die unter seiner Verantwortlichkeit effectuirten Ankäufe sich innerhalb der Grenzen des wirklichen Werthes gehalten, oder dieselben doch nicht um den Belauf der Differenz zwischen einem den Assecuradeur treffenden Betrage und dem wirklich erlöseten Gesammt-Provenue der Auction überschritten haben, weil die Gebote unbetheiligter Concurrenten nicht nothwendig und nicht unter allen Umständen bis zum wirklichen Werthe gesteigert werden;

da auch ein solcher Entlastungs-Beweis dann für geführt zu erachten sein würde, wenn nachgewiesen würde, daß die unter Verantwortlichkeit des Beklagten angekaufte Waare vor Eintritt einer im Verhältniß zu den Marktpreisen des Auctionstages gesteigerten Conjunctur, ohne Verlust anderweitig begeben worden wäre;

da demnach zunächst festgestellt werden muß:

1) der Betrag dessen, was unter beklagtischer Verantwortlichkeit in der Auction angekauft worden, indem der Beklagte nur 290 Sack als unter seiner Verantwortlichkeit angekauft einräumt, während die Klage von mehr als 700 Sack redet, die unter bekl. Verantwortlichkeit angekauft worden;
2) der Einfluß, welchen die bekl. Ankäufe auf die Erhöhung des Gesammt-Provenue der Auction und folgeweise auf die Entscheidung der Frage gehabt haben, ob der Schaden 3 % erreicht oder nicht;

da nun

ad 1) die Beweislast hier ersichtlich den Kläger trifft;
ad 2) schon jetzt, unter Voraussetzung eines bekl. Uebergebotes von auch nur 1/16 ß feststehen würde, daß der Ankauf von 290 Sack den Schaden unter die treffende Summe hinuntergedrückt habe, wenn die treffende Summe, wie das Erkenntniß a quo annimmt, 3 % von der Taxe in der Police, also Bco.𝔪𝔨 4800. betrüge, indem dann die Differenz zwischen dem erzielten Provenue und der treffenden Summe nur Bco.𝔪𝔨 101. 6½ ß betragen haben würde, das bekl. Uebergebot auf 290 Sack aber unter Voraussetzung eines Uebergebotes von nur 1/16 ß circa Bco.𝔪𝔨 160. betrug:

da jedoch die treffende Summe nach § 90 sub 1 des Allgem. Plans 3 % von der Schätzung des Marktpreises erreichen muß, welchen die Gesammtheit der in einer Taxe versicherten Waare in gesundem Zustande gehabt haben würde, wenn diese Schätzung höher ist als die Policen-Taxe, und da die treffende Summe unter dieser Voraussetzung, nach der conformen Angabe beider Parteien Bco.𝔪𝔨 4909. 9 ß betragen würde;

da auch der Umstand, daß Kläger in seinem Klageantrage die treffende Summe auf Bco.𝔪𝔨 4800. angegeben und replicando auf eine bekl. Einräumung der Richtigkeit dieser Annahme Bezug genommen hat, nicht für entscheidend erachtet werden kann, weil der Beklagte sich in seinen Excep-

tionen auf Zahlenverhältnisse überhaupt nicht eingelassen, vielmehr desfallsige Verweisung an den Dispacheur verlangt hat;

da also die Differenz zwischen der treffenden Summe von Bco.ℳ 4909. 9 ß und dem Verlust-Ergebnisse der Auction von Bco.ℳ 4698. 9½ ß, groß Bco.ℳ 210. 15½ ß, durch das bisher nur constatirte Uebergebot von circa Bco.ℳ 160. auf die geständlich unter beklagtischer Verantwortlichkeit angekauften 290 Sack noch nicht erreicht ist, vielmehr die Entscheidung der Frage, ob die bekl. Ankäufe auf das Zurückbleiben des Schadens hinter der treffenden Summe von Einfluß gewesen sind, von dem Quanto der unter bekl. Verantwortlichkeit angekauften Waare und dem Betrage der bekl. Uebergebote abhängig ist;

daß das Erkenntniß a quo vom 10. October 1861, unter Verwerfung der kläg. und der principalen bekl. Beschwerdeführung, in theilweiser Berücksichtigung der eventuellen bekl. Beschwerdeführung, dahin zu reformiren:

daß Kläger in einem vom Handelsgerichte bei Verlust der Beweisführung anzusetzenden Termine, Beklagtem Gegenbeweis vorbehältlich, zu erweisen habe:

„daß die letzten Uebergebote auf das unter bekl. Verantwortlichkeit in der fraglichen Auction angekaufte, der Größe nach zu constatirende Quantum, auf welche Uebergebote der Zuschlag erfolgte, den Belauf von Bco.ℳ 13½ ß überstiegen habe.“

Für den Fall der Führung dieses Beweises bleibt dem Beklagten der in einem alsdann anzusetzenden Termine salva reprobatione zu erbringende Beweis vorbehalten:

„daß das unter seiner Verantwortlichkeit in der fraglichen Auction angekaufte Quantum zu dem richtigen, den wirklichen Werth desselben nicht oder doch nicht um mehr als Bco.ℳ 210. 15½ ß übersteigenden Preise angekauft worden.“

Die Sache ist unter Compensation der Kosten der Appellations-Instanz zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zu remittiren.

Prätnren.

No. 3.

Landprätnren. Prätor: Herr Dr. Kunhardt.

H. P. L. Kalkmann, modo Heinrich Drüsdau, als verwaltender Director der Feuercasse außerhalb der Stadt, (Proc. Hagen) gegen C. H. Droege (Dr. D. Hertz).

Kläger verlangt die Bezahlung von Ct.ℳ 402. 4 ß für von der klägerischen Feuercasse bei dem Brande des beklagtischen Wohnhauses, Burgfelde No. 1, am 14. April d. J. aufgewandte Löschkosten.

Der Beklagte entgegnet: Er müsse die Activ-Legitimation der klägerischen Gesellschaft in Frage stellen, da er die Verhältnisse dieser, anscheinend einer Privatgesellschaft, nicht kenne. Die Klage sei dunkel, da ein Grund, weshalb der Beklagte die fraglichen Löschkosten bezahlen solle — ob als Interessent der Gesellschaft oder etwa, weil er die Hülfe derselben begehrt habe — nicht angegeben sei. Eventuell sich einlassend, so müsse er, da sein ganzes Haus total niedergebrannt sei, negiren, daß die behaupteten Löschkosten überhaupt verausgabt oder doch zum Löschen verwandt worden seien. Wäre dieses aber auch der Fall, so würde es dennoch ihn, den Beklagten, nicht betreffen. Er sei weder Interessent der klägerischen Gesellschaft, noch habe er die Hülfe derselben beim Brande seines Hauses in Anspruch genommen, so daß also ein obligatorischer nexus zwischen ihm und der klägerischen Gesellschaft überall nicht existire. Ebensowenig habe er auch nur ein Interesse an der geleisteten Hülfe gehabt, da sein Eigenthum in genügender Weise bei der Northern Assurance Company versichert gewesen sei und er von dieser seinen Ersatz erhalten haben würde. Würde daher das klä-

gerische Löschen irgend etwas genützt haben, so würde das nicht ihm, sondern vielmehr jener Versicherungs-Compagnie zu Gute gekommen sein, an die sich der Kläger für die Kosten seines ungerufenen Löschens halten möge.

Der Kläger replicirt: Die Activ-Legitimation der klägerischen Feuercasse betreffend, so sei es notorisch, daß die Wirksamkeit derselben außerhalb der Stadt und der Vorstadt St. Georg beginne. Allerdings habe sie zunächst nur die Pflicht, die Gebäude ihrer Interessenten bei entstehenden Bränden zu löschen, da es jedoch nicht in ihrer und überhaupt in menschlicher Macht stehe, ein einmal ausgebrochenes Feuer „auf seinem eigenen Heerde zu beschränken", so könne man ihr auch andererseits nicht das Recht absprechen, jede in ihrem Rayon, selbst in einem nicht bei ihr versicherten Gebäude, entstandene Feuersbrunst mit allen ihren Mitteln zu bekämpfen. So sei denn auch im vorliegenden Falle die Spritzenmannschaft gegen das im Hause des Beklagten ausgebrochene Feuer eingeschritten und seien durch die Thätigkeit derselben die untere Etage des Wohnhauses, sowie die in der Nähe befindlichen Treibhäuser und Stallungen des Beklagten gerettet worden. Ob diese Hülfe gerufen oder ungerufen geleistet sei, könne unter den obwaltenden Verhältnissen bei einer gemeingefährlichen Feuersbrunst in einem bewohnten und von andern Wohnhäusern umgebenen Wohnhause nicht in Betracht kommen. Wenn der Beklagte die klägerische Gesellschaft wegen Ersatzes der aufgewandten Löschkosten an die Assecuranz-Compagnie, bei der er versichert gewesen, verweisen wolle, so stehe erstere mit der letzteren in gar keinem nexu, sie wisse nicht und brauche nicht zu wissen, bei wem der Beklagte versichert sei. Es sei zwar billig, daß die Privat-Assecuranzgesellschaften zu den Löschkosten beitrügen, allein so lange es ein desfallsiges Gesetz nicht gebe, habe sich die Feuercasse an den Eigenthümer des brennenden Gebäudes, nicht an den ihr unbekannten Assecuradeur zu halten.

Der Beklagte bemerkt: Wenn die klägerische Gesellschaft deshalb habe spritzen lassen, um das Feuer von den Häusern der bei ihr Versicherten abzuwenden, so habe sie dies lediglich in ihrem eigenen Interesse gethan und könne daher die Kosten nicht von dem Beklagten ersetzt verlangen.

Erkannt am 19. Februar:

Da ein contractliches Verhältniß zwischen den Parteien nicht besteht, auf Grund einer negotiorum gestio aber Beklagter für die von der klagenden Feuercasse aufgewandten Löschkosten um so weniger in Anspruch genommen werden kann, als die klagende Feuercasse, indem sie ohne welche ihrseitige Verpflichtung das in dem Hause des Beklagten entstandene Feuer „auf seinem eigenen Heerde zu beschränken" suchte, ersichtlich nicht die Absicht hatte, die negotia des Beklagten zu geriren, sondern nur im eigenen Interesse thätig gewesen ist,

daß Kläger mit seiner Klage unter Verurtheilung in die Kosten abzuweisen sei.

Druckfehler.

In No. 7 der „Gerichtszeitung" S. 51, Zeile 14 von unten ist zu lesen „zunächst" statt „gewiß."

In No. 8, S. 60, Zeile 12 von unten „überreichenden" statt „überweisenden."

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 10. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 8. März.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Vogt & Co. c. Weber Bernitt & Co. — Brödemann c. Bolten. — Obergericht: Weber & Co. c. Wedeles. — Niedergericht: Destl. Römer Beneficial-Erben c. Puvogel. — Präturen: Stempner c. Voges. — Amtsgericht zu Bergedorf: Proc. Reppenhagen c. Gebr. Biehl.

Handelsgericht.

No. 18.

Zweite Kammer. Audienz vom 3. März 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Siemsſen.

Vogt & Co. (Dr. D. Hertz) gegen Weber, Bernitt & Co. (Dr. G. Hertz).

Die Kläger tragen vor: Am 18. Februar habe G. H. Behn ihnen einen als Anlage 1 producirten Schein gebracht, welcher folgendermaßen lautet:

An F. C. Vogt *) sind heute von uns durch die Norddeutsche Bank zugeschrieben Bco.ℳ 5000. für G. H. Behn.

Hamburg, den 22. Februar 1862.

Weber, Bernitt & Co.

Zufolge dieses Scheins hätten die Beklagten versprochen, am 22. Febr. Bco.ℳ 5000. für G. H. Behn an sie (die Kläger) zuzuschreiben. Sie hätten in der Erwartung, daß diese Zusage erfüllt werden würde, den G. H. Behn sofort über die angegebene Summe disponiren lassen, wie aus den Anlagen 2 (einer Quittung des Behn über empfangene 2000 ℳ, d. d. 19. Februar) und 3 (einem schriftlichen Auftrage desselben von demselben Datum, die übrigen 500 ℳ und noch 120 ℳ außerdem an den Vorzeiger zu zahlen) erhelle. Die Beklagten hätten am 22. Februar treuloser Weise nicht abgeschrieben, und bitten die Kläger nunmehr, dieselben zur unverzüglichen Zahlung von Bco.ℳ 5000. zu verurtheilen.

Die Beklagten entgegnen: Ein Schein wie die Anlage 1 sei kein verpflichtendes Document, sondern enthalte, wie ein Nachfragezettel, nur eine Benachrichtigung, daß eine gewisse Zahlung für eine gewisse Person valediren solle; und diese Benachrichtigung würde auch nur dann relevant sein, wenn sie von ihnen selbst an die Kläger gegangen wäre, während hier nach der eigenen Aussage der Letzteren Behn ihnen den Zettel gebracht habe. Auch sei dies schon am 18. Februar geschehen, und hätten die Kläger also selbst dem Schein nicht die Bedeutung beigemessen, daß an demselben Tage abgeschrieben werden solle. Höchstens könne in der Anlage 1 ein Versprechen gefunden werden, aber ein nicht den Klägern, sondern dem Behn ertheiltes, woraus nur Dieser berechtigt werde; daß der Schein transportabel, sei jenseits nicht einmal behauptet: es fehle also überhaupt an einem

*) So lautet die Banco-Conto der klägerischen Firma.

obligatorischen Nexus zwischen ihnen und den Klägern, und sei die Klage daher abzuweisen.

Die Kläger erwidern: Da die Beklagten den Ursprung des Zettels als von ihnen herrührend nicht bestritten, so sei derselbe als anerkannt zu erachten. Ein solcher Zettel sei mit einem Nachfragezettel nicht zu vergleichen; vielmehr verpflichte sich der Unterzeichner desselben, an dem darin genannten Tage zu bezahlen. Uebrigens gäben die Beklagten selbst zu, daß in der Anlage 1 ein Zahlungsversprechen enthalten sei; daß sie den Schein an Behn gegeben, könne ihre Lage nicht verbessern: denn sie hätten dadurch Behn in die Lage gesetzt, den Klägern ihre Verpflichtung zum Abschreiben zu überbringen, damit derselbe darauf hin schon früher sein Geld bekomme. Die Verpflichtung der Beklagten, am 22. Februar Bco.℔ 5000. abzuschreiben, sei somit liquide.

Die Beklagten dupliciren: Zettel der vorliegenden Art seien am besten mit den Bankzetteln zu vergleichen; so wenig der noch nicht abgegebene Bankzettel dem Dritten ein Recht gebe, so wenig auch ein solcher Zettel. Eine Verpflichtung zum Abschreiben liege in demselben nicht. Wenn Behn seinen Auftrag zwischen dem 18. und 22. Februar widerrufen hätte, würden sie (die Beklagten) dies haben anerkennen müssen. Ueber die Anlagen 2 und 3, sowie namentlich auch darüber, ob überall die Zahlung von den Klägern an Behn geleistet sei, seien sie nicht unterrichtet.

Erkannt:

Da zwar die Anlage 1 ihrem Wortlaut nach nichts weiter als eine Anzeige der Beklagten enthält, und zwar die Anzeige, daß sie an dem Tage, von welchem diese Anlage datirt, also am 22. v. M., Bco.℔ 5000. an die Banco-Conto der Kläger für G. H. Behn abgeschrieben hätten, und somit in diesem Schriftstück, wie seiner äußeren Erscheinung, so auch seinem Inhalte nach, nur eine Benachrichtigung gefunden werden könnte, wie solche von Demjenigen, der für einen Dritten eine Bankzahlung leistet, dem Zahlungsempfänger, sei es durch Vermittelung des Bankcomptoirs, sei es ohne diese Vermittelung, zugestellt zu werden pflegt;

da jedoch die Beklagten nicht bestreiten, daß sie diese Bankaufgabe dem Behn, und zwar bereits am 18. v. M., eingehändigt haben, und hiernach ohne Weiteres angenommen werden muß, daß es im Einverständniß mit den Beklagten geschah, wenn Behn — wie Beklagte ebenfalls nicht bestreiten — sofort, nachdem ihm dieses Schriftstück übergeben war, dasselbe den Klägern zustellte;

da auch von dieser letzteren Annahme um so gewisser ausgegangen werden darf, als Beklagte nicht die geringste Andeutung darüber gemacht haben, daß sie für die Zustellung dieser Bankaufgabe an die Kläger dem Behn irgend welche entgegenstehenden Vorschriften ertheilt hätten;

da ferner Beklagte, wenn sie, abweichend von dem sonst üblichen Verfahren, die Bankaufgabe mehre Tage bevor die in ihr erwähnte Zahlung erfolgen sollte, den Klägern zustellen ließen, dieses nur in der Absicht gethan haben können, um die Kläger im Voraus davon zu unterrichten, daß sie an dem in der Bankaufgabe angegebenen Tage die Zahlung leisten würden;

da hiernach aber Kläger, wenn sie im Vertrauen darauf, daß Beklagte ihnen am 22. die Bco.℔ 5000. für Behn zuschreiben würden, diesem letzteren diese Summe ausgezahlt haben sollten, um so gewisser für berechtigt gehalten werden müssen, von den Beklagten die Wiedererstattung dieser Summe zu beanspruchen, als sie aus dem Umstande, daß Beklagte ihnen durch Behn, also durch denjenigen, für welchen die Zahlung erfolgen sollte, die Anlage 1 zustellen ließen, schließen mußten, daß Beklagte sie gerade deshalb im Voraus von dieser Zahlung in Kenntniß setzten, damit sie, Kläger, dem Behn verstatteten, sofort über diesen Betrag zu disponiren;

da es hiernach nur noch darauf ankommt, ob Kläger wirklich auf Grund der Anlage 1 dem Behn die Bco.℔ 5000. ausgezahlt haben, ein genügender Beweis hierfür aber in den klägerischen Productis Anlagen 2 und 3 nicht gefunden werden kann:

daß Kläger zu beweisen haben:

daß sie in Folge der Zustellung der Anlage 1 dem G. H. Behn Bco.℔ 5000., oder wie viel weniger, sei es in Banco,

sei es in einer andern Valuta, ausgezahlt haben.

Es haben Kläger diesen Beweis, unter verstatteter Benutzung des bisher Beigebrachten, soweit dienlich — den Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — innerhalb 8 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses, bei Strafe des Beweisverlustes anzutreten, worauf alsdann weiter was Rechtens erkannt werden soll.

No. 19.

In Sachen A. F. Brödermann gegen A. Bolten (cf. No. 2 der Gerichtsztg. 1862, Handelsger. No. 2) hat in restitutorio die

Zweite Kammer des Handelsgerichts,
Präses: Herr Dr. Albrecht, Richter: die Herren Schuldt und Abegg,

am 24. Februar erkannt:

Da es unbedenklich erscheint, die Bestimmung der Charteppartie, nach welcher die Fracht „in bills at usance on London or in cash equal thereto, at Captains option“ dahin aufzufassen, daß, wenn der Capitain die Zahlung in Wechseln verlangt, er sich längere Wechsel auf London, als am Abladeplatz üblich, nicht gefallen zu lassen brauche, hiernach aber der Capitain auch Drei-Monats-Wechsel auf London nicht hätte zurückweisen können, da auch selbst, wenn die Contrahenten beim Abschluß der Charteppartie unter „bills at usance“ Uso-Wechsel verstanden haben sollten, der Umstand, daß seit längerer Zeit hier Uso-Wechsel auf London nicht mehr ausgestellt werden, nicht dahin führen würde, daß der Capitain Wechsel kürzester Sicht verlangen könnte;

da aber hiernach Implorant sich durch das angefochtene Erkenntniß keineswegs beschwert erachten kann:

daß das Erkenntniß erster Kammer vom 6. vorigen Monats, unter Verurtheilung des Imploranten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen.

Obergericht.

No. 9.

In Sachen D. F. Weber & Co. gegen B. J. Webeles (cf. No. 29 der Gerichtsztg. 1861, Handelsgericht No. 85) hat das Obergericht in Folge klägerischer Appellation am 28. Februar erkannt:

da, insofern der klägerischen Auffassung darin beizupflichten wäre, daß die Compensation ipso jure in dem Sinne wirkte, daß durch die alleinige Existenz der compensablen Gegenforderung die Forderung bis zu deren Belauf aufgehoben würde, kein Zweifel darüber obwalten könnte, daß der Beklagte als Cessionar von A. Steinhardt den Belauf der Charteppartiefracht nur abzüglich der klägerischen pro resto Wechselforderung an Steinhardt zu fordern, und der Beklagte den Betrag der letzteren, als in der erhobenen Connossementsfracht zu viel erhalten, an die Kläger herauszugeben haben würde;

da indessen nach richtiger Auffassung der, in den römischen Rechtsquellen enthaltenen Bestimmungen über die Compensation, die Wirkung derselben davon abhängig ist, daß der Schuldner vom Gläubiger in Anspruch genommen wird und sich dagegen auf die Compensation beruft, demnach der Grundsatz, daß die Compensation ipso jure — im Gegensatze von ope exceptionum wirke, nur dahin verstanden werden kann, daß, wenn sich der Schuldner auf die Compensation berufen hat, die desfalls vorgeschützte und durchgeführte Einrede die Wirkung haben soll, wie wenn die einander gegenüberstehenden Forderungen sich gleich im Augenblicke ihres Gegenübertretens vernichtet hätten;

cf. Vangerow Pandect. Bd. 3 Pag. 351 ff.
Puchta Pandect. Pag. 431.

da solchem nach mit den Klägern nicht davon ausgegangen werden kann, daß die Charteppartiefracht-Forderung des Beklagten, soweit die pro resto Wechselforderung der Kläger an Steinhardt reicht, als bereits bezahlt anzusehen sei, vielmehr der Beklagte bei Ankunft des Schiffes in Leith die volle Fracht für die Retourreise annoch zu fordern hatte, und derselbe vollständig berechtigt er-

scheinen mußte, sich für diese seine Forderung aus der Connossementsfracht bezahlt zu machen;

da dem auch der Paragraph der Chartepartie nicht entgegenstehen kann, indem darnach die Connossementsfracht nur gegen Bezahlung der Charteparticfracht, oder, wie es § 9 noch näher erläutert wird, gegen Empfang der laut § 3 der Charteparte stipulirten Fracht, eine pr. Connossemente sich etwa ausweisende Mehr- oder Minderfracht, für Rechnung der Befrachter valediren sollte:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 22. Octbr. v. J., wiewohl unter Compensation der Kosten dieser Instanz, zu bestätigen, und die wieder zu versiegelnden Acten zu remittiren.

Niedergericht.

No. 2.

In Sachen Desti Römer Wwe. Beneficial-Erben gegen D. Buvogel (cf. No. 4 der Gerichts-Zeitung 1862, Präturen No. 2) hat das Niedergericht in Folge klägerischer Supplication vom 28. Februar erkannt:

da freilich dem Supplicanten darin beizupflichten ist, daß das durch Art. 22, sub. 3 der Neuen Falliten-Ordnung, in Bezug auf die noch nach der Zeit des Fallissementes laufenden Miethecontracte eines Cridars eingeführte Kündigungsrecht nach constanter hiesiger Gerichts-Praxis auch den Curatores bonorum des Vermiethers zusteht,

da es aber für die Entscheidung der vorliegenden Kündigungsklage auf diese Frage um deshalb gar nicht ankommt, weil dem Richter erster Instanz darin beizupflichten ist, daß das gedachte Gesetz auf einen nur cum beneficio angetretenen und nicht für insolvent erklärten Nachlaß keine Anwendung finden kann, indem jene Bestimmung, die ein entschiedenes Ausnahme-Gesetz enthält und deshalb einer stricten Interpretation unterliegt, die Kündigungsbefugniß solcher Miethecontracte von dem Eintritte eines Fallissementes abhängig macht, dieser aber für einen cum beneficio angetretenen Nachlaß erst dann angenommen werden kann, wenn die von den Beneficial-Erben convocirten Gläubiger in Gemäßheit Art. 42 sub 1 die Erbschaft übernommen und ihrerseits Curatores bonorum zur weiteren concursmäßigen Abwickelung derselben erwählt haben,

da auch der von den Supplicanten geltend gemachte Umstand, daß, nach Erlassung der Verordnung über die Administrations-Massen während der Handels-Crisis von 1857, rücksichtlich der von den Administrirten geschlossenen längeren Miethecontracte in einzelnen Fällen den Administrations-Massen das Kündigungs-Recht auf Grund des Art. 22 der Neuen Falliten-Ordnung von den Gerichten zugesprochen sei, für die von den Klägern geltend gemachte allgemeinere Bedeutung jenes Artikels kein Argument liefert, weil die Verordnung vom 2. December 1857 in § 6 und 7 ausdrücklich verfügt hatte, daß alle Bestimmungen, welche die bestehenden Gesetze in Betreff der Fallitmassen und der bei denselben in Betracht kommenden privatrechtlichen Verhältnisse enthalten, so weit sie in jener Verordnung nicht ausdrücklich aufgehoben sind, Geltung haben sollten,

daß der dispositive Theil des von den Klägern, Supplicanten, angefochtenen Erkenntnisses der ersten Prätur vom 11. Februar 1862 lediglich zu bestätigen sei.

Präturen.

No. 4.

Erste Prätur. Prätor: Herr Dr. Poelchau.

O. L. H. Stempner (Proc. Hagen) gegen F. W. Voges (Dr. Ruhle).

Der Wundarzt Stempner hatte im November v. J. einen seiner Gehülfen, weil derselbe sich eine Ordnungswidrigkeit im Geschäft erlaubt habe, plötzlich entlassen. Dieser, sich dadurch beschwert fühlend, wandte sich an das kleine Amt, in dessen Versammlung auch der Beklagte, als Aeltermann des Amts der Wundärzte, anwesend war. Während der Verhandlungen nun äußerte

der Beklagte, daß Kläger gegen seinen Gehülfen schmutzig gehandelt habe. Wegen dieses Ausdruckes beklagte sich der Kläger zuerst bei dem Amtspatron, welcher die Parteien vergeblich zu versöhnen suchte und sie zuletzt an die Prätur verwies. Hier wurde am 29. Novbr. v. J. nochmals die Güte versucht; da aber der Kläger auf das Anerbieten des Beklagten, den gebrauchten Ausdruck zurückzunehmen und den Kläger deshalb um Entschuldigung zu bitten, sowie auch die bisher entstandenen Kosten erstatten zu wollen, nicht einging, so wurde Beibringung einer ordentlichen Klage erkannt. In dieser fordert der Kläger nunmehr eine Satisfactionssumme von Ct.ℳ 500.

Der Beklagte wendet ein: Er habe die beregte Aeußerung als Aeltermann, in der Versammlung des kleinen Amts, gegen den Kläger hinsichtlich dessen Benehmens als Amtsmitglied gemacht; ein durch sie hervorgerufener Streit gehöre daher zu den „privatrechtlichen Irrungen und Streitigkeiten in Amtsverhältnissen“, welche nach §§ 169 und 170 des General-Aemter-Reglements zur Competenz des Amtspatrons in erster und des Amtsgerichts in zweiter Instanz gehörten, für welche die Prätur also incompetent sei. In der vorliegenden Sache habe der Amtspatron sich auch schon selbst dadurch, daß er die Güte versuchte, für competent erklärt. Ueberdies folge die Incompetenz der Prätur auch aus § 54 der Specialrolle für das Amt der Wundärzte und Barbiere, wo bestimmt sei, daß, wer in den Amtsversammlungen sich beleidigender Ausdrücke gegen ein anderes Amtsmitglied bediene, 3 ℳ Strafe zu erlegen habe. Diese Bestimmung setze nämlich eine öffentliche Strafe für solche beleidigende Ausdrücke fest und wolle damit alle Privatansprüche wegen derselben ausschließen, damit nicht aus den oft sehr hitzigen Debatten in den Amtsversammlungen unzählige Injurienprozesse entstünden. — Eventuell opponire er der Klage die Einrede der Wahrheit. Kläger habe nämlich seinen Gehülfen unter einem ganz nichtigen Vorwande plötzlich entlassen, um ihn dadurch zum Wandern zu zwingen und sich dadurch seiner späteren etwaigen Concurrenz hierselbst zu entledigen. Ein solches Verfahren könne mit Recht „schmutzig“ genannt werden, und sei er (Beklagter) um so mehr zu diesem Ausdruck berechtigt gewesen, da er als Aeltermann für Ruhe und Ordnung unter den Zunftgenossen sorgen solle, ein Benehmen also, welches diese Ruhe und Ordnung stören könne, zu rügen nicht nur das Recht, sondern selbst die Pflicht habe.

Der Kläger entgegnet: Injurienprozesse unter Amtsgenossen seien keine „streitige Amtssachen“ und unterlägen der Competenz der ordentlichen Gerichte, wie auch das Niedergericht z. B. in Sachen Kohlbacher c. Frey 26. Octbr. 1857 und Proc. Hagen m. n. c. Dr. Engel m. n. 23. Novbr. 1860 erkannt habe. Der § 54 der Specialrolle setze allerdings eine öffentliche Strafe für Beleidigungen in der Amtsversammlung fest; damit sei aber keineswegs der Anspruch auf Privatsatisfaction ausgeschlossen. Die Einrede der Wahrheit sei unzulässig; übrigens liege nichts Schmutziges darin, wenn man einen Geschäftsconcurrenten in spe in gelegentlicher Benutzung gerechter Veranlassung unschädlich zu machen suche. Die Entlassung seines Gehülfen habe aber einen genügenden Grund gehabt. — Auch seine Eigenschaft als Aeltermann könne den Beklagten wegen seiner Aeußerung nicht entschuldigen.

Der Beklagte erwidert: Die vom Kläger angeführten Präjudicate des Niedergerichts paßten nicht auf den vorliegenden Fall, da dort die Injurien außerhalb des Amtes vorgefallen wären und nicht auf Amtsverhältnisse sich bezogen hätten, was beides hier der Fall sei. — Der Kläger habe keineswegs einen genügenden Grund gehabt, seinen Gehülfen zu entlassen, wie sich schon daraus ergäbe, daß das kleine Amt dem Gehülfen eine Entschädigung zugesprochen und ihm erlaubt habe, hierzubleiben und eine andere Condition zu suchen.

Erkannt am 18. Februar:

Da allerdings der Anspruch des Klägers an sich als an die Prätur erwachsen zu erachten ist und Beklagter weder auf das General-Aemter-Reglement, noch auf § 54 der Specialrolle für das Amt der Barbiere und Wundärzte zur Begründung der Einrede der Incompetenz sich berufen kann, indem, wenn im § 54 cit. verfügt wird, daß in den Amtsversammlungen vorkommende Beleidigungen mit einer Strafe von 3 ℳ geahndet werden sollen, hierdurch nur die Mißachtung der Amtsversammlung reprimirt wird und nicht gemeint ist, daß dem Beklagten die Verfolgung des gegen ihn begangenen Privatdelicts versagt sein solle;

da der Beklagte auch nicht deswegen, weil er als Aeltermann in der Amtsversammlung die Handlungsweise des Klägers in der incriminirten Weise besprach, von der Sühne der für den Kläger beleidigenden Aeußerung befreit sein würde;

da aber Beklagter im Sühnetermin vom 29. November 1861 die dort protocollirte Erklärung bei Kostenerstattung an den Kläger abzugeben sich bereit erklärt hat, dieselbe der Sachlage völlig angemessen erscheint und ex officio in dem Maaße berücksichtigt werden muß, als sie protocollirt und vor der Litiscontestation erfolgt ist;

cf. Anckelmann ad Art. 58. Stat. IV.

da auch der Umstand, daß Beklagter in der processualischen Verhandlung der Sache auf dieses Anerbieten nicht wieder zurückgekommen ist, hierin — vom Kostenpunkte abgesehen — nichts zu ändern vermag, indem es an und für sich Sache des Richters ist, unter mehren Genugthuungsarten für die angemessenste zu entscheiden,

Holzschuher Theorie und Casuistik I. p. 443. quaest. 30 in fine,

die ästimatorischen Injurienklagen aber,

cf. Baumeister I. p. 396 Note 28,

und nach dem Geiste des topischen Rechts Injurienklagen überhaupt nicht zu begünstigen sind,

cf. Langenbeck ad Stat. Vet. M. 1 bei Clan ad Art. 58. Stat. IV.

daß die Einrede der Incompetenz zu verwerfen, auch die im Sühnetermine abgegebene Erklärung des Beklagten gerichtsseitig anzunehmen und Beklagter in term. praef. s. p. 6 ℔ schuldig sei, vor dem Protocolle der Prätur dem Kläger zur Satisfaction zu erklären:

„Ich erkenne an, daß ich mich in der Anfangs November v. J. gehaltenen Amtsversammlung übereilt habe, indem ich dort sagte, daß Ihre Handlungsweise gegen Ihren Gehülfen eine schmutzige sei, und bitte Sie wegen dieser Aeußerung um Entschuldigung."

Die Prozeßkosten, mit Ausnahme derjenigen des Termins vom 29. Novbr. 1861, welche Beklagter dem Kläger zu ersetzen hat, werden hiermit compensirt.

Amtsgericht zu Bergedorf.*)

Procurator Reppenhagen als Procurator Concursus Leuder & Dittmann, gegen Gebrüder Biehl (Dr. Wex).

Nach klägerischer Behauptung soll die Firma Leuder & Dittmann in Bergedorf behufs Anlegung einer Maschinenfabrik von den Beklagten Steine und Dachpfannen zum Werthe von Crt.℔ 2387 bezogen und diesen Betrag bis auf Crt.℔ 1387 bezahlt haben, während dieser Rest nach Vollziehung des Baues habe bezahlt werden sollen. Leuder & Dittmann, denen es von vornherein an den nöthigen Mitteln zum Baue gefehlt habe, seien denn auch zur Vollendung desselben nicht im Stande gewesen und haben ihre Zahlungen eingestellt, nachdem sie längere Zeit vorher bereits materiell insolvent gewesen seien. Die Beklagten, denen diese materielle Insolvenz bekannt gewesen sei, hätten als Deckung für ihre noch nicht fällige Forderung von Leuder & Dittmann einen Maschinenkessel zu erlangen gewußt, dessen Werth ihre Forderung sogar noch übersteige. Der Kläger verlangt daher auf Grund der Paulianischen Klage Rescission dieses Geschäfts und Rückgabe des Kessels.

Die Beklagten bestreiten den Contract mit Leuder und Dittmann in der vom Kläger behaupteten Weise abgeschlossen zu haben; es sollte vielmehr die ganze Forderung der Beklagten bereits zu Neujahr 1861 bezahlt werden, und nur auf besonderes Ersuchen der Schuldner haben die Beklagten sich bereit erklärt, mit dem Reste bis Ostern zu warten. Am 10. März nun, zu einer Zeit, in welcher eine materielle Insolvenz von Leuder und Dittmann noch nicht vorgelegen, keinenfalls aber den Beklagten bekannt gewesen sei, haben Erstere den Rest der beklagtischen Forderung bezahlt, indem sie sich das Geld zu dieser Zahlung durch den Verkauf des beregten Maschinenkessels an einen Herrn

---

*) Das hier mitgetheilte Erkenntniß über die Grundsätze der Paulianischen Klage möchte unseren Lesern um so größeres Interesse bieten, als die vorliegende Sache in zweiter Instanz zur Entscheidung des Hamburgischen Obergerichtes steht, die wir s. Zeit berichten werden.— Zu vergleichen mit diesem Erkenntniß der Rechtsfall Cur. bon. Krös c. Krös. „Gerichtszeitung" No. 36, 1861 und No. 7, 1862.

Sager verschafft haben, von welchem wiederum Beklagte den Kessel erworben haben. Somit fehle es an allen Voraussetzungen der Paulianischen Klage, namentlich fehle es an dem nothwendigen Requisite einer betrügerischen Absicht auf Seiten beider Contrahenten, welche Absicht keinenfalls schon an und für sich in der hier auch nicht einmal vorhandenen wissentlichen Benachtheiligung der übrigen Creditoren liege. Vor allen Dingen sei die Paulianische Klage aber schon darum unzulässig, weil dieselbe geschehene Zahlungen überhaupt nicht anzufechten vermöge; der Gläubiger, welcher durch gehörige Vigilanz zu seinem Gelde zu gelangen suche, handle niemals dolos, selbst dann nicht, wenn er die materielle Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners kenne. Arg. L. 6. 7. 24 D. quae in fraud. cred.

Der Kläger versucht die Transaction mit Sager als ein Scheingeschäft darzustellen; Sager, „ein armer Zimmergeselle", sei „für 2 Thaler zu dem Geschäfte engagirt gewesen". Zugleich beantragt Kläger eine polizeiliche Untersuchung zur Aufklärung dieses angeblichen Scheingeschäfts. Sodann versucht Kläger die Zulässigkeit der Paulianischen Klage darzuthun, indem er namentlich anführt, daß die wissentliche Verkürzung der übrigen Creditoren den nöthigen dolus involvire.

Erkannt am 14. Februar:

Anlangend den klägerischerseits geforderten Dampfkessel:

Da die Klage bezüglich dieses Gegenstandes sich auf die actio Pauliana und deren Anwendbarkeit im vorliegenden Falle stützt;

da zur Begründung dieser Klage die Rechte zunächst die materielle Insolvenz des Veräußerers und dessen animus fraudandi, ferner bei einer, wie im vorliegenden Falle, titulo oneroso geschehenen Veräußerung die Mitwissenschaft des befriedigten Gläubigers, endlich ein derartiges Rechtsgeschäft bedingen, welches der Anfechtungsklage anheimfällt;

da, was das erste Requisit betrifft, die Existenz der materiellen Zahlungsunfähigkeit zur Zeit der Veräußerung und des animus fraudandi des Veräußerers, d. h. seiner Absicht, den einen Gläubiger zu begünstigen und den andern zu benachtheiligen, mit Evidenz aus den präparatorischen Verhandlungen sich ergiebt, welche den gegenwärtigen Acten angelegt sind,

da nämlich zu der Zeit, als das fragliche Deckungsgeschäft vor sich ging, am 10. März v. J., das von den Cridaren begonnene Fabrik-Unternehmen bereits in die vollständigste Stockung gerathen war;

da schon am 28. Januar v. J. die Cridare die bestimmte und offene Erklärung abgeben mußten, — — — daß sie außer Stande seien, den Bau der Fabrik fortzuführen und ihre Verpflichtungen gegen die Maschinen- zc. Lieferanten zu erfüllen;

— — — — — — — — — — —

da, wenn auch der wirkliche Concurs erst später zum Ausbruche gelangt ist, doch schon am 21. März eine fernere Deckung an Köhncke in Hamburg, deren Rescission jetzt in zwei Instanzen ausgesprochen ist, geschah, und am 23. desselben Monats die gerichtliche Inventur des Vermögens der Cridare, verbunden mit Veräußerungsverbot, angeordnet werden mußte,

— — — — — — — — — — —

da auch die in Folge der endlichen Concurs-Erklärung geschehene Regulirung der Masse, in der eine erhebliche Veränderung durch die gerichtsseitig getroffenen Verfügungen unthunlich war, das traurige Resultat ergeben hat, daß weit über die Hälfte der mit gerichtlicher Hypothek versehenen Pfandposten verloren gehen wird,

da, anlangend das fernere Erforderniß der Mitwissenschaft des befriedigten Gläubigers, seines Bewußtseins, daß die übrigen Creditoren verkürzt werden (fraudum non ignorare) ein solches durch die bisherigen Verhandlungen nicht genügend dargethan ist, und daher der Beweis desselben den Kläger treffen muß,

da drittens in Bezug auf das Rechtsgeschäft welches durch die actio Pauliana aufgehoben werden soll, es zwar als unzweifelhaft von den Gesetzen festgestellt ist, daß solche Zahlungen, welche zur Zeit ihrer Erfüllung schon zu erzwingen waren, unanfechtbar sind, und dem Gläubiger, welcher aufmerksam genug ist, die Erfüllung der Zwangsverbindlichkeit seines bedrängten Schuldners zu überwachen, und dadurch die Zahlung seiner fälligen Forderung erlangt, die Rechtsgültigkeit

seiner Befriedigung nicht bestritten werden kann,
da es aber ebenso gewiß ist, daß verfrühte Zahlungen der Anfechtungsklage unterworfen sind,

l. 10. § 12 l. 17. § 2 D. quae in fraud. cred. 42, 8. Bayer's Concurs-Proceß, pag. 80, n. 9. Francke, Archiv für civil. Praxis XVI. pag. 266. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pfandectenrechts I. pag. 321.

und daß auch bei fälligen Forderungen jedes Rechtsgeschäft der Paulianischen Klage anheim fällt, wodurch die Ueberlassung von Sachen oder Abtretung von Forderungen gegen einen bestimmten Preis an den Gläubiger in der Absicht ermittelt wird, den Preis gegen die Forderung aufzurechnen;

Seuffert, Entscheidung der höchsten Gerichte IX, 356. Bayer l. cit. Mackeldey, Röm. Recht § 768 Francke l. cit. pag. 262,

da nun im vorliegenden Falle, während Kläger behauptet, die Zahlung für die gelieferten Steine habe erst nach Vollendung des Baues erfolgen sollen, von den Beklagten so viel eingeräumt ist, daß sie und die Falliten am 28. December 1860 über Berichtigung des Restpreises für die angefahrenen Steine mit 1387 ℔ zu Ostern 1861 sich verständigt haben, und sie für diese 1387 ℔ am 10. März laut der den Exceptionen anliegenden drei Documente vollständige Befriedigung erhalten haben,

da somit zur Zeit dieser Befriedigung nach ihrer eigenen Darstellung ihre Forderung nicht fällig war,

da die Beklagten sich nun freilich darauf stützen, daß sie den fraglichen Dampfkessel gar nicht von den Cridaren, sondern von dem Zimmergesellen Sager erworben haben, und daß daher Kläger nach der Rechtsregel, Hand muß Hand wahren, sich an Sager halten müsse,

da Kläger dieser Behauptung gegenüber vorgebracht hat, daß Sager nur mittelst eines Scheinsvertrages von den Beklagten vorgeschoben sei, und lediglich im Auftrage der letzteren gehandelt habe,

da Kläger, um den ihm obliegenden desfallsigen Beweis zu erbringen, auf Einleitung einer Untersuchung angetragen hat,

da jedoch das Gericht, auch abgesehen von den sonstigen diesem Antrage entgegenstehenden Bedenken, eine Unbilligkeit darin erblicken muß, bei der jetzigen Lage des Prozesses, in welcher das Beweisverfahren bevorsteht, dasselbe durch eine Untersuchung dem Kläger zu erleichtern, und daher, wie verdächtig auch die ganze Procedur mit Sager sowohl im Allgemeinen, als auch in Hinblick auf gleiche Handschrift in den drei den Exceptionen anliegenden Documenten und die Anführung der Falliten in No. 2 der präparatorischen Verhandlungen Pag. 12, sowie unter Berücksichtigung der dem Concursrichter in dieser Angelegenheit gewordenen Mittheilungen sich hinstellt, den Kläger von dem Beweise nicht entfreien darf,

— — — — — — — — — — — — —

es ist Kläger innerhalb Ordnungsfrist s. p. desert. repr. s. zu Recht zu erweisen schuldig:

daß bei dem am 10. März v. J. über Veräußerung des Dampfkessels von den Falliten mit dem Zimmergesellen Sager abgeschlossenen Rechtsgeschäfte der letztere nicht in eigenem Namen, sondern im Auftrage der Beklagten gehandelt habe,

und

daß die Beklagten dabei die Wissenschaft gehabt haben, daß die übrigen Gläubiger von Leuder & Dittmann dadurch in ihren Ansprüchen benachtheiligt werden,

nach welchen geführten oder nicht geführten Beweisen ferner erkannt werden soll, w. R.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung. Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 11. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 15. März. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Israel c. Vogt & Co. — Dr. Schröder c. Knop und c. Spiegelberg. — Obergericht: Eimbcke c. Voß. — Niedergericht: Mettler c. Cur. bon. der Hammonia.

Handelsgericht.

No. 20.

Erste Kammer. Audienz vom 10. März.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Blume und Stahmer.

Dr. S. Israel gegen Vogt & Co. (Dr. D. Hertz.)

Der Kläger ist Inhaber eines von den Beklagten indossirten Wechsels, groß Bco℔ 650. (Anlage 1), dessen Acceptanten, Weber Bernitt & Co., nach klägerischer Behauptung ihre Zahlungen eingestellt haben. Der Wechsel ist ausweise Protestes (Anlage 2) Mangels Sicherstellung bei den Acceptanten protestirt worden, und verlangt jetzt Kläger von den Indossanten auf Grund Art. 29 der deutschen Wechsel-Ordnung, Sicherheitsbestellung für die Bezahlung des Wechsels zur Verfallzeit.

Die Beklagten wenden ein: Der Art. 29 der Wechsel-Ordnung schreibe vor, daß der Wechsel, für dessen Zahlung bei Verfall von dem Indossanten Sicherheit verlangt werde, zuvor ordnungsmäßig beim Acceptanten protestirt worden sei. Nun sei aber der vorliegende Wechsel ein domicilirter, denn es finden sich auf demselben dem Accepte von Weber Bernitt & Co. die Worte hinzugefügt: „Zahlbar bei der Norddeutschen Bank in Hamburg." Der Wechsel habe also bei der Norddeutschen Bank protestirt werden müssen, der vom Kläger beigebrachte Protest sei indessen nur bei Weber Bernitt & Co. selbst erhoben, mithin sei den Vorschriften des Art. 29 nicht Genüge geschehen.

Der Kläger entgegnet: Der vorliegende Wechsel sei kein domicilirter im Sinne der deutschen Wechsel-Ordnung, denn die dem Accepte hinzugefügten Worte: „Zahlbar bei der Norddeutschen Bank" enthielten keine Domicilirung. Außerdem bedürfe es nach dem Art. 29 auch nur der Protesterhebung bei dem Acceptanten.

Erkannt:

da die Allgemeine deutsche Wechselordnung, wie aus dem § 24 derselben sich ergiebt, unter domicilirten Wechseln nur solche versteht, in denen ein vom Wohnorte des Bezogenen verschiedener Zahlungsort angegeben ist, nicht aber solche Wechsel, in denen der Bezogene seinem Accept eine Bemerkung hinzugefügt hat, nach welcher die Zahlung durch ein anderes, an demselben Ort domicilirtes Handlungshaus erfolgen werde,

Vergl. Protokolle der Leipziger Wechsel-Conferenz, Leipziger Ausgabe S. 86.

Liebe's Commentar S. 99 unter 4; Sammlung von Entscheidungen des O.-A.-G. in Frankfurter Rechtssachen Band 4, S. 111;

da hiernach, selbst wenn der Securitäts-Protest bei domicilirten Wechseln gegen den Domicilirten zu leviren wäre, doch jedenfalls im vorliegenden Falle der gegen den Acceptanten erhobene Protest als ordnungsgemäß zu betrachten sein würde, und demnach auch Beklagte, bei unbestritten gebliebener Handschrift in dorso des Wechsels, sich nicht weigern können, die vom Kläger verlangte Sicherheit zu bestellen:

daß Beklagte gegen Auslieferung des Protestes, Anlage 2, sofort dem Kläger gehörige Sicherheit dafür, daß der Wechsel, Anlage 1, im Betrage von Bco℔ 650. nebst den Protestkosten bei Verfall bezahlt werde, zu bestellen, widrigenfalls aber die Wechselsumme nebst den Protestkosten sub poena executionis ad deponendum, ad depositum judiciale zu bringen, auch dem Kläger die Proceßkosten zu erstatten habe.

No. 21.

Zweite Kammer. Audienz vom 5. März 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Krogmann und Stahmer.

Dr. Octavio Schröder m. n. der York Street Flax Spinning Company in Belfast gegen Ludwig Knop, modo Curatores bonorum desselben, (Dr. G. Hertz) und Letztere als Litisdenuncianten gegen Spiegelberg & Co. in Vechelde bei Braunschweig, modo Dr. Johns m. n. derselben, Litisdenunciaten.

Der Kläger stellte am 25. Mai v. J. folgende Klage gegen L. Knop an: Die York Flax Spinning Company in Belfast habe laut Facturen (Anl. 1 u. 2) zwei Ballen Leinengarn an den Beklagten als Spediteur abgeladen, um damit nach der Verfügung der Besteller, Spiegelberg & Co. in Vechelde, zu verfahren. Ehe die Beträge dafür auf die Letzteren entnommen worden seien, hätten dieselben die klägerische Compagnie benachrichtigt, daß sie ihre Zahlungen eingestellt und ein für frühere Beziehungen geleistetes Accept bei Verfall nicht eingelöst hätten. Unter solchen Umständen sei die Flax Spinning Company, da die von ihr abgeladene und unbezahlt gebliebene Waare sich noch in den Händen des Beklagten befinde, nach Art. 25 der Neuen Falliten-Ordnung*) berechtigt, die Auslieferung der beiden Ballen zu fordern; da aber der Beklagte dem deshalb an ihn gestellten Verlangen keine Folge leisten wolle, so bitte Kläger, indem er sich zum Ersatz der etwa auf die Waare verlegten Spesen erbiete, den Beklagten zur Auslieferung der beiden Ballen zu verurtheilen.

Der Beklagte fallirte bald nach Anstellung der Klage; jedoch wurde der Prozeß von den Curatores bonorum desselben reassumirt. Diese machten zunächst der Firma Spiegelberg & Co. in Vechelde zum Zwecke der Litisdenunciation Mittheilung von der obigen Klage, stellten aber zugleich ihrerseits eine Klage gegen die Litisdenunciaten an, in welcher sie beantragten, daß das Handelsgericht sie befugen möge, falls Spiegelberg & Co. den ihnen laut Contocourant gegen die Masse von L. Knop obliegenden Verpflichtungen nicht nachkämen, die beiden Ballen für Rechnung der Litisdenunciaten zum öffentlichen Verkauf zu bringen.

Nachdem die Litisdenunciaten erklärt, dem Beklagten in dem Prozesse gegen die Flax Spinning Company assistiren zu wollen, jedoch unter Reservation ihres Eigenthumsrechts an der Waare und aller Competentien, wenden Curat. bonor. Knop gegen die Klage ein: Aus dem Briefe, mit welchem Knop die beiden Ballen bekommen (Anl. A), gehe hervor, daß er dieselben nicht, wie klagend behauptet worden, als Spediteur erhalten habe; denn in diesem Briefe heiße es: „which please receive and hold to the order of Mess. Spiegelberg & Co." Laut Anl. B–E hätten ferner Spiegelberg & Co. den Knop beauftragt, die beiden Ballen für sie auf gutes Lager zu nehmen, und später ihm Ordre gegeben, sie an Berenberg, Goßler & Co. hier auszuliefern; daraus erhelle, daß Kläger nicht berechtigt sei, die Rücklieferung der Ballen zu verlangen. Dieselben seien bei Knop ins Eigenthum der Litisdenunciaten übergegangen; eine Vindication sei also ausgeschlossen, da der Mandatar des Käufers im Auftrage desselben Besitz und Eigenthum der Waare erworben habe. Eine Klage aus

*) Der Art. 25 der N. F.-O. findet sich abgedruckt in No. 23 der Ger.-Ztg. von 1861, Handelsgericht No. 58.

Art. 25 der N. F.=O. sei ebenfalls unzulässig, weil die Waare hier nicht mehr unterwegs, sondern bereits durch den Beklagten Eigenthum von Spiegelberg & Co. geworden war, welche darüber auch schon als Eigenthümer disponirt hätten. Eine Mandatsklage endlich sei ausgeschlossen, weil Knop das ihm gewordene Mandat, die Waare zu empfangen und zur Disposition von Spiegelberg & Co. zu halten, vollständig erfüllt habe.

Die Litisdenunciaten inhäriren diesen Einwendungen und fügen noch hinzu: Die Waare habe gar nicht nach Braunschweig spedirt werden, sondern von vornherein hierbleiben sollen, sei also hier überall nicht mehr in transitu gewesen. Die Facturen seien ihnen zu einer Zeit zu Händen gekommen, wo sie noch nicht ihre Zahlungen eingestellt hatten, also noch dispositionsfähig waren. Nach Braunschweigischem Rechte finde eine Retrahirung des Courses gar nicht statt, und könne die Waare, nachdem der Kauf perfect geworden und sie über dieselbe disponirt hätten, von den Verkäufern aus keinem Grunde angehalten werden.

Der Kläger stellt in Abrede, daß die Waare gar nicht habe nach Braunschweig gesandt werden sollen. Das in Rede stehende Verfolgungsrecht des Absenders lasse sich zurückführen auf die Mandatsklage, auf die Bestimmung des Art. 25 der N. F.=O. und auf die Vindication. — Dadurch, daß die klägerische Compagnie in Anl. A den Beklagten anwies, die Waare zur Disposition der Litisdenunciaten zu halten, sei Beklagter ihr (der Klägerin) Mandatar geworden. Dies Mandat durfte revocirt werden, so lange noch res integra, d. h. so lange Beklagter den Dispositionen des Litisdenunciaten nicht nachgekommen war; Letzteres sei aber der Fall gewesen, als die Flax Spinning Company am 10. Mai 1861 durch Anl. 6 ihr Mandat widerrief: denn Beklagter sei dem Auftrage der Litisdenunciaten vom 25. April 1861, die beiden Ballen an Berenberg, Goßler & Co. auszuliefern, nicht nachgekommen und habe somit auch den Auftrag der klägerischen Compagnie nicht erfüllt. — Auch für die Bestimmung des Art. 25 der N. F.=O. lägen alle Requisite vor: daß die Waare noch unbezahlt und daß sie noch nicht in des Falliten Gewahrsam gekommen sei. Die Einrede, daß Beklagter für die Litisdenunciaten Eigenthum erworben, könne höchstens als Retentionseinrede in Verbindung mit einer Forderung des Beklagten an die Litisdenunciaten gehört werden (Voigt pag. 309); das Vorhandensein einer solchen Forderung werde klägerischerseits jedoch bestritten. Uebrigens hätte der Beklagte auch gar kein Eigenthum für die Litisdenunciaten erworben: zunächst involvire nämlich der Auftrag der Litisdenunciaten, die Waare für sie aufs Lager zu nehmen, keineswegs den, dieselbe für sie zu empfangen (Voigt pag. 265); und dann sei dieser Auftrag bei Ankunft der Waare am 29. April 1861 auch bereits durch die schon erwähnte Ordre vom 25. April revocirt gewesen, so daß also Beklagter die Waare nicht mehr im Auftrage der Litisdenunciaten, sondern eigenmächtig behalten habe. Und endlich bestimme das hier maßgebende Braunschweiger Recht, daß eine wenn auch nicht formell declarirte, doch bereits kundbar gewordene Insolvenz des Bestellers den Eigenthumserwerb an unbezahlten Waaren verhindere. Aus allen diesen Gründen ergebe sich zugleich die Berechtigung der klägerischen Compagnie zur Vindication der beiden Ballen.

Der Beklagte duplicirt: Es sei ihm kein Speditionsauftrag ertheilt und daher auch eine Mandatsklage nicht begründet (cf. Erkenntniß des Obergerichts i. S. Groh c. Soltau, Trautmann & Co., 12. Oct. 1860). — Eine Klage aus Art. 25 der N. F.=O. sei unzulässig, da die Waare mit dem Willen des Litisdenunciaten hier liegen bleiben sollte, somit der transitus und folglich auch das Verfolgungsrecht des Absenders hier sein Ende erreicht habe. — Zur Vindication gehöre die Behauptung des Klägers, Eigenthümer zu sein. Eine solche sei gar nicht einmal aufgestellt worden, würde jedoch auch nicht zu beweisen sein, da nach dem hierfür maßgebenden englischen Rechte das Eigenthum durch die Absendung verloren und an den Käufer übergehe. Seine (des Beklagten) Forderung an die Litisdenunciaten sei irrelevant für sein Verhältniß zum Kläger; eventuell behaupte er, wegen derselben zur Retention berechtigt zu sein. Die klägerischerseits behauptete Bestimmung des Braunschweigischen Rechts stelle er in Abrede; überdies sei die betreffende Frage nach Hamburgischem Rechte zu entscheiden.

Erkannt:

Da das klägerische Schreiben vom 20. April 1861 (Anl. A) den Beklagten anwies, die beiden fraglichen Ballen Leinengarn zu empfangen und

zur Verfügung der Litisdenunciaten zu halten (please receive and hold to the order of);

da ferner schon am 24. April die Litisdenunciaten dem Beklagten die beiden Ballen ausdrücklich advisirten und demselben Auftrag ertheilten, sie auf gutes Lager zu nehmen (Anl. C), und dann am 25. April und ferner am 29. April (Anl. D u. E) über dieselben disponirten, indem sie deren Auslieferung an die Herren Joh. Berenberg, Goßler & Co. beorderten;

da allem diesem nach die Mandatsklage zurückzuweisen ist, weil ein eigentlicher Speditionsauftrag nicht vorliegt und das Mandat des Empfanges und des Haltens zur Verfügung der Destinataire ausgeführt und durch die von den Letzteren schon vor Ankunft der Waare ertheilte specielle Ordre irrevocabel gemacht war, als die Kläger am 10. Mai ihren Auftrag zurückzuziehen versuchten;

da auch die Vindication nach den thatsächlichen Verhältnissen nicht mehr zulässig ist, weil die Kläger die den Litisdenunciaten verkaufte Waare offenbar animo tradendi an den Beklagten sandten und dieser in Folge speciellen Mandates für die Litisdenunciaten als Käufer den Besitz derselben ergriff und somit, da der Kaufpreis creditirt war, ihnen das Eigenthum erwarb;

da aber aus den Angaben der Parteien hervorgeht, daß die fragliche Waare von den Litisdenunciaten bei den Klägern käuflich bestellt worden, daß jene am 1. Mai 1861, also höchstens einen Tag später, als die Waare hier bei dem Beklagten eintraf, ihre Zahlungen einstellten und schon am 8. Mai, bevor noch einmal die Facturabeträge trassirt waren, förmlich Insolvenz declarirten, die Waare somit unbezahlt ist und unbezahlt bleiben wird;

da unter diesen Umständen das von den Klägern geltend gemachte Verfolgungsrecht der Absender für begründet erachtet werden muß, weil nach dem für die Entscheidung maßgebenden Hamburgischen Rechte, namentlich nach Art. 25 der Neuen Falliten-Ordnung sub 4, solches Recht des Absenders erst dann cessiren soll, wenn die Waare in des Falliti wirklichem Gewahrsam ist, d. h. wenn er sie auf seinem Boden oder in seinem Packraum oder Hause hat;

da aber das Verfolgungsrecht des Absenders durch die Rechte beschränkt ist, welche dritte Personen bona fide an der Waare etwa erworben haben, wozu denn auch das Retentionsrecht gehört, welches der Detentor der schon in das Eigenthum des Destinatairs übergegangenen Waare an derselben wegen ihm an den Destinatair zuständiger Forderungen auszuüben befugt ist,

daß das vom Kläger puncto der fraglichen beiden Ballen Leinengarn geltend gemachte Verfolgungsrecht für begründet zu erklären, der von Litisdenunciaten erhobene Widerspruch, unter Verurtheilung derselben in die durch ihr Auftreten dem Kläger verursachten Kosten, zurückzuweisen,

Beklagte aber schuldig seien innerhalb 8 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses ihre behaupteten Retentionsansprüche, bei Verlust derselben, genau zu specificiren und dem Kläger, Gegenbeweis vorbehältlich, bei Verlust der Beweisführung gehörig zu justificiren,

worauf sodann weiter erkannt werden soll wie Rechtens.

Obergericht.

No. 10.

In Sachen Theod. Eimbcke, als Correspondent von Kebe & Co., gegen J. P. Vos (cf. No. 33 der Gerichtszeitung 1861 Handelsger. No. 97) hat in Folge klägerischer Appellation das Obergericht am 7. März erkannt:

da der Anhang zur Makler-Ordnung vom 9. Octbr. 1828, durch welchen das in § 20 der Makler-Ordnung dem Schiffsmakler ertheilte Ver-

bot, einen Schiffer ohne Vermittelung eines hiesigen Kaufmanns zu bedienen, aufgehoben worden ist, eines aufrecht zu haltenden Verbotes der Besorgung von Geschäften für einen auswärtigen Befrachter nicht erwähnt;

da auch der in dem gedachten Anhang in Bezug genommene § 26 der Maklerordnung ein solches allgemeines Verbot nicht enthält, vielmehr der Zwischensatz: „wenn es zum Nachtheil eines Kaufmanns gereicht," so wie die Erwähnung der „Verantwortlichkeit für den dem Kaufmann daraus entstandenen Schaden" keine andere Auslegung zulassen, als daß das Verbot den Fall eines bestimmten, einem bestimmten Kaufmann zugefügten Schadens im Auge hat,

da mithin dem Entscheidungsgrunde, auf welchen das Handelsgericht die Abweisung des Klägers allein gestützt hat, nicht beigestimmt werden kann;

da andererseits dem Kläger aus dem Befrachtungs-Contract, bei welchem er nicht concurrirte, eine Klage aus eigenem Rechte nicht zusteht, Kläger jedoch schon replicando seine Klage dahin erläutert hat, daß er als Mandatar der Befrachter Kebe & Co. klage, ohne daß dublicando dagegen Einsprache erhoben worden;

da aber bisher weder über die Legitimation des Klägers zu solcher Klage, noch über den den Befrachtern durch die Verletzung des § 9 der Charte-partie zugefügten Schaden, auf dessen Ersatz ihr Anspruch bei der gegenwärtigen Sachlage allein gerichtet sein kann, verhandelt und entschieden worden ist:

> daß das Erkenntniß a quo vom 18. Novbr. v. J. aufzuheben und die Sache zur Legitimation des Klägers als Mandatar der Befrachter und zur Liquidirung der den Letzteren an sich zustehenden Schadensersatz-Ansprüche, unter Compensation der bisher in beiden Instanzen erwachsenen Kosten, an das Handelsgericht zurückzuverweisen.

Niedergericht.

No. 3.

Bruno und Traugott Mettler in Nordhausen, jetzt Dr. C. v. Bönninghausen m. n. gegen Curat. bonor. der Lebens- und Renten-Versicherungs-Societät Hammonia (Dr. Engel).

Kläger sind Inhaber einer Police auf das Leben von J. A. Hesse in Nordhausen, groß Pr.-Crt.℔ 5000, Hesse ist bereits 1856 gestorben. Die derzeitige noch solvente Gesellschaft hat Zahlung geweigert, ist aber durch ein am 24. November 1858 erfolgtes Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Halberstadt hierzu verurtheilt. Während des Processes haben Gebr. Mettler auf das in Händen des Agenten Schlichteweh und der Banquiers Bach und Fränkel in Nordhausen befindliche Guthaben der Hammonia Arrest gelegt, welcher durch das gedachte Erkenntniß für justificirt erklärt wird. Am 6. Novbr. 1858 hat die Hammonia Insolvenz erklärt, und die Curatoren durch Subsidialschreiben des Handelsgerichts an das Kreisgericht in Nordhausen Aufhebung des Arrestes verlangt. Das Kreisgericht hat dieselbe auf Grund der Art. 292—296 der Preuß. Land-Ordnung von 1855 verweigert, und haben sich die Impetranten im Januar 1859 mit mehreren Coimpetranten das etwa 1200 ℔ betragende Arrestobject getheilt. Da sie nicht befriedigt sind, profitiren sie ihre Ansprüche auf das Fallitproclam. Zur Justification aufgefordert verlangen sie nach beendigtem Provocationsprozeß klagend

> Aufnahme bei der hiesigen Masse mit Ct.℔ 5514. 8s, event. Ct.℔ 5463. 20s 10, und demnächstige Auszahlung der Dividende auf diesen Betrag, auf welche jedoch das ihnen aus dem Separat Arrest gewordene Provenü von 759 ℔ in Anrechnung zu bringen sei.

Die Beklagten erwidern: Die Aufnahme bei der hiesigen Masse sei erstens auf Grund der Retorsion, zweitens auf Grund Art. 10 und 17 der Neuen Falliten-Ordnung und Art. 6 Tit. 12 P. II. Statuti zurückzuweisen. Seit Emanirung der Preuß. Land-Ordnung von 1855 verweigerten die preußischen Gerichte auf Grund der Art. 292—296 dem Hamburgischen Concurse jede Anerkennung. Die Hammonia habe etwa Bco.℔ 50,000 Activa in Preußen, welche mit Sicher-

heit nicht einmal durch Specialklagen zu erlangen seien, weil es den preußischen Gerichten verboten sei, Activa ohne Weiteres an fremde Fallitmassen abzuliefern. Dagegen betrügen die preußischen Forderungen bei der hiesigen Masse ca. Bco℔ 250,000. Wenn nur die preußischen Creditoren mindestens factisch in der Lage seien sich jener Activa allein zu bemächtig, so bleibe, nachdem die preußischen Gerichte auch die Einleitung eines Particular Concurses zurückgewiesen, für die Erreichung der Gleichstellung der nicht preußischen Creditoren mit den preußischen kein anderes Mittel als die Ausschließung der letztern von der hiesigen Masse und Verweisung an die preußischen Activa. Diese Maaßregel erscheine um so mehr gerechtfertigt als die Aufhebung der Jahrhunderte lang zwischen Hamburg und Preußen in Concursfällen beobachten Reciprocität lediglich einseitig von Preußen ausgegangen, dieselbe auch nicht in der Regirung einzelner Folgen des hamburgischen Concurses, sondern in der systematischen Verweigerung aller und jeder durch denselben nothwendig werdenden Rechtshülfe sich manifestire. Das Retorsionsrecht sei keineswegs ein strictes jus talionis, sondern sei der Richter befugt auch ungleichartige zum Schutz der wohlerworbenen Rechte der eigenen Staats-Angehörigen, dienende Mittel gegen den angreifenden Staat anzuwenden. Wolle man aber so weit nicht gehen, so hätten die Kläger durch Verfolgung ihres Special-Arrestes jedenfalls jeden Anspruch an die hiesige Masse verwirkt, wie solches die angeführten Artikel der Neuen Falliten-Ordnung und des Statuts ausdrücklich vorschrieben. Diesen seien die Kläger jedenfalls unterworfen, wenn sie bei der hiesigen Masse concurriren wollten. Aber auch davon abgesehen, dürften sie den Special-Arrest nur durch Ignorirung der hiesigen Masse prosequiren, Beides zusammen, Prosecution des Special-Arrestes und Aufnahme bei der hiesigen Masse könnten sie niemals verlangen.

Die Kläger suchen replicando die Unzulässigkeit der beantragten Retorsion und die Unanwendbarkeit des Art. 10 der Neuen Falliten-Ordnung zu zeigen, letztere deshalb weil die Curatoren nicht sie selbst, sondern nur das Kreisgericht zu Nordhausen zur Aufhebung des Special-Arrestes aufgefordert habe, wovon ihnen gar keine Mittheilung gemacht worden. Uebrigens werde in Preußen in ähnlichen Fällen stets so wie klagend beantragt verfahren, d. h. der auswärtige Arrest Impetrant, gegen Anrechnung des Arrestobjectes auf die Dividende zur Generalmasse zuzulassen, und wird der desfallsige Beweis angeboten.

Das Niedergericht erkannte am 2. Septbr. 1861:

Mand. noie. Kläger verlangt die Aufnahme der von seinen Vollmachtgebern angemeldeten Forderungen bei der von den Beklagten vertretenen Fallitmasse der Lebens- und Renten-Societät Hammonia. Die Beklagten verweigern diese Aufnahme, obgleich sie die Forderung der klägerischen Mandanten nicht bestreiten, aus zwei Gründen. Erstens weil die klägerischen Mandanten Preußen seien, die preußischen Gerichte aber der beklagtischen Fallitmasse die Auslieferung ihrer in Preußen befindlichen bedeutenden Activa versagt und einzelnen Creditoren die Execution in jene Vermögenstheile ungeachtet des hierselbst eröffneten Concurses verstattet haben und fernerhin verstatten würden. Daraus entstehe eine Beeinträchtigung der nicht preußischen Gläubiger, deren Dividenden durch die in Preußen gewährten Separatverfolgungen geschmälert würden. Eine Ausgleichung könne nur dadurch herbeigeführt werden, wenn alle preußischen Gläubiger der Hammonia kraft des Retorsionsrechtes von der Theilnahme an der hiesigen Masse ausgeschlossen und angewiesen würden, sich an die in Preußen befindlichen Masse-Activa zu halten. Ein solches Verfahren muß indeß für unzulässig erachtet und dieser erste von den Beklagten für ihre Weigerung angeführte Grund verworfen werden. Zwar ist nach anerkannten Grundsätzen des Völkerrechtes das Retorsionsrecht in der Weise begründet, daß, wenn sich ein Staat in der Rechtspflege zu Gunsten der eigenen Staatsangehörigen eine ungleiche Behandlung der Angehörigen eines fremden Staates oder deren Eigenthums erlaubt, die Rückanwendung desselben Principes abseiten des dadurch benachtheiligten Staates gegen die Angehörigen des so handelnden Staates Platz greifen darf, und wenn es auch gemeinrechtlich zur Ausübung solcher Retorsion eines legislativen Beschlusses der Staatsgewalt bedarf, so steht in Hamburg ihre Anwendung nach gewohnheitsrechtlichem Gerichtsgebrauch den Gerichten ohne Weiteres zu. Das Retorsionsrecht gestattet aber keineswegs die Ausübung beliebiger Repressalien durch willkürlich auszudehnende Rechtsverweigerung gegen die Unterthanen des betreffenden Staates, sondern das

Retorsionsrecht beschränkt sich auf die Anwendung desselben Principes gegen den die Rechtsgleichheit verletzenden Staat, das von diesem den fremden Staatsangehörigen gegenüber aufgestellt worden ist, und welches die Retorsion veranlaßt hat.

cf. Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 22. April 1861 in Sachen Dr. Sutor rc. Cur. bon. Leuenroth.

Die preußischen Gerichte gestatten nach § 293—295 der preußischen Concursordnung vom 8. Mai 1855 einzelnen Gläubigern eines hamburger Falliten die Execution in das in Preußen befindliche Vermögen desselben und überliefern die dort befindlichen Masse-Activa den hiesigen Masse Vertretern nur nach Ablauf einer 6 wöchentlichen Frist nach einer vorgängigen öffentlichen Bekanntmachung, und nachdem die dort sich meldenden Gläubiger des Falliten zuvor daraus befriedigt worden sind, und die Genehmigung der Regierung in die Auslieferung erfolgt ist. Die Retorsion gegen dieses Princip, welches den Gütern hamburgischer Concursmassen den durch Wesen und Zweck des Concurses erforderten Rechtsschutz versagt, welcher preußischen Concursmassen gesetzlich zusteht (cf. § 9 der preuß. Concursordnung), hat sich auf die Anwendung des gleichen Principes abseiten der hamburgischen Gerichte preußischen Concursmassen gegenüber zu beschränken. Hiesige Güter einer preußischen Concursmasse werden gleichfalls der Separatverfolgung einzelner Gläubiger Preis zu geben sein, und die Auslieferung an die Masse-Vertreter wird nicht eher stattzufinden haben, als nach dem den Hiesigen Zeit und Gelegenheit geboten worden, ihre Separatbefriedigung daraus zu suchen. Der von den Beklagten beantragte Ausschluß der preußischen Creditoren von der hiesigen Masse würde aber eine rechtswidrige Ueberschreitung der Retorsion sein, und dieser Antrag muß daher verworfen werden.

Zweitens beantragen die beklagtischen Curatoren die Abweisung des m. n. Klägers vig. Art. 10 der Neuen Falliten-Ordnung, weil die klägerischen Mandanten dadurch, daß sie die Prosecution eines auf ein Guthaben der Hammonia in Nordhausen impetrirten Arrestes, auch nachdem der Concurs über das Vermögen der Hammonia eröffnet war, und ungeachtet der abseiten des hiesigen Handelsgerichtes bei dem Kreisgerichte in Nordhausen wegen Cassation dieses Arrestes geschehenen Intercession, fortgesetzt haben. In dieser Beziehung kann darüber zuvörderst kein Zweifel obwalten, daß auswärtige Gläubiger eines hiesigen Falliten, welche ihre Forderungen bei der hiesigen Concursmasse geltend machen, hinsichtlich ihrer Theilnahme am Concurse den hiesigen Gesetzen unterworfen sind, welche die Separatbefriedigung einzelner Gläubiger nach ausgebrochenem Concurse und namentlich die Erwirkung und Verfolgung von Arresten auf des Gemeinschuldners Güter in fremder Jurisdiction verbieten. Der preußische Gläubiger eines hamburger Falliten, der an der hiesigen Masse Theil nehmen will, darf sich daher nicht auch der ihm durch die preußischen Gesetze gewährten, mit diesem Verbote in Widerspruch tretenden Befugnisse bedienen wollen; er kann nicht zugleich auf Grund des preußischen Rechts durch Separatverfolgung des Debitors den über sein Vermögen eröffneten Concurs ignoriren und auf Grund des hamburgischen Rechtes Zulassung zu diesem Concurse begehren. Die Kläger haben nun allerdings den in Nordhausen gegen die Hammonia impetrirten Arrest verfolgt und sich für einen Theil ihrer Forderung daraus bezahlt gemacht, obgleich das Fallissement der Hammonia vor ihrer Immission in die arrestata bereits eröffnet war. Sie haben also, sich auf den Standpunkt des preußischen Rechts stellend, dem Verbot der Neuen Falliten-Ordnung zuwider gehandelt. Die erhobene Klage ist daher, sowie sie angestellt worden, ohne klägerisches Erbieten zur Restitution des ex arrestatis Erhobenen und zum Ersatz des der Masse sonst etwa aus der Arrestverfolgung nach eröffnetem Concurse erwachsenen Schadens, jedenfalls zurückzuweisen. Die Beklagten beantragen aber auf Grund der Strafbestimmung des Art. 10 der Neuen Falliten-Ordnung den gänzlichen Ausschluß der klägerischen Mandanten von der Masse. Der Art. 10 der Neuen Falliten-Ordnung bedroht seine Uebertreter mit der im Art. 2 Stat. I, 12 gesetzten Strafe. Dieses statutarische Gesetz verhängt über solche Bürger, die einen andern Bürger oder gar den Rath vor fremde Gerichte laden oder ihre Forderungen an auswärtige, mächtige Personen cediren, Stadtverweisung sowie Verlust der cedirten Forderung und des Bürgerrechtes. Die gleiche Strafe soll also nach Art. 10 der Neuen Falliten-Ordnung denjenigen treffen, der des Cridars Güter im Auslande durch Arreste verfolgte. Es ist unbedenklich, die hier vom Gesetz geschehene Uebertragung der im Statut für die dort verpönte Handlung

angedrohten Strafe — soweit sie privatrechtlicher Natur — auf das in der Neuen Falliten-Ordnung eingeschärfte Verbot mit den Beklagten dahin zu verstehen, daß der Gläubiger eines Falliten, welcher sich für seine Forderung nach ausgebrochenem Fallissement durch Arreste in der Fremde zu decken versucht, dieser Forderung verlustig sein soll. Auch können die klägerischen Mandanten sich der Anwendung dieser Strafe nicht aus dem Grunde entziehen, weil sie Ausländer seien, die betreffende Stelle des Statuts sich aber nur auf hiesige Bürger beziehe, denn die Neue Falliten-Ordnung, welche diese statutarische Strafbestimmung auf die Uebertretung ihres Verbotes überträgt, beschränkt dieses ihr Verbot (der Arrestirung von Gütern des Falliten in der Fremde) keineswegs auf hiesige Bürger, sondern giebt dasselbe ganz allgemein verbis: „Würde Jemand nach kundgewordener Insolvenz seinen Debitor" u. s. w.; es trifft also den fremden so gut wie den hiesigen. Die Strafe wird jedoch nur demjenigen angedroht, der einen gelegten Arrest nicht sofort auf der Curatoren Verlangen wieder relaxirt. Es wird also als Bedingung der Strafanwendung eine von den Curatoren ergangene Aufforderung zur Relaxation des Arrestes oder doch die mala fides des Gläubigers vorausgesetzt, das Bewußtsein desselben, daß er wider den Willen der Curatoren eine ungesetzliche Separatbefriedigung verfolge. Die Beklagten haben nun aber nicht behaupten können, die klägerischen Mandanten zur Relaxation des fraglichen Arrestes aufgefordert zu haben, und diese behaupten, denselben im guten Glauben ihrer gesetzlichen Berechtigung verfolgt zu haben, eine Behauptung welche die Präsumtion der Wahrheit für sich hat, da bei den in Nordhausen wohnenden Klägern eine Kenntniß der hiesigen Gesetze nicht vorausgesetzt werden kann. Da nun die Curatoren auch im Laufe des Processes die Restitution des ex arrestatis Participirten von den klägerischen Mandanten nicht ausdrücklich gefordert, andererseits aber m. n. Kläger duplicando die Bereitwilligkeit seiner Mandanten zu solcher Restitution gegen ihre Zulassung bei der Masse wenn auch nicht unumwunden erklärt, doch nicht undeutlich zu erkennen gegeben hat, so dürfen die klägerischen Mandanten ihrer Forderung an die Masse nicht verlustig erklärt werden, sondern es ist ihnen die Geltendmachung derselben zu gestatten, sobald sie das ex arrestatis Erhobene und was dem anhängig der Masse werden restituirt haben. Zu dem Behuf erscheint die Gewährung eines neuen Termins zur bessern Justification der profitirten Ansprüche der klägerischen Vollmachtgeber durch die Sachlage gerechtfertigt.

Aus diesen Gründen erkennt das Niedergericht:

daß die vom m. n. Kläger angestellte Klage zwar angebrachtermaßen unter Verurtheilung desselben in die Kosten des Hauptverfahrens abzuweisen, daß jedoch die klägerischen Mandanten mit ihrer Forderung betragend 5000 ℛ𝓅 Kapital, 314 ℛ𝓅 12 Sgr. 4 ₰ Zinsen, bis zur Insolvenzerklärung der Hammonia gerechnet, und 149 ℛ𝓅 8 Sgr. 6 ₰ Kosten mithin zusammen 5463 ℛ𝓅 20 Sgr. 10 ₰ bei der beklagtischen Fallitmasse aufzunehmen sein werden, nachdem sie die fraglichen ex arrestatis erhobenen 759 ℛ𝓅 und die durch Verfolgung des betreffenden Arrestverfahrens nach Ausbruch des Fallissements der beklagtischen Masse etwa verursachten Schäden und Kosten derselben ersetzt haben werden.

Zu dem Behuf wird dem m. n. Kläger ein weiterer dreiwöchentlicher Termin bewilligt bei Strafe des Ausschlusses seiner Vollmachtgeber von der beklagtischen Fallitmasse.

Das Obergericht erkannte am 3. Febr. 1862:

Da Curator. nomine Beklagte die Ansicht aufstellen, weil es den Klägern nach der Preußischen Concursordnung verstattet war, ein in Preußen vorgefundenes Activum der Hammonia zur theilweisen Befriedigung für ihre Forderung an dieselbe zu verwenden, so müßten sie hinsichtlich ihrer übrigen Forderung von dem Concurse ausgeschlossen werden;

da jedoch, sofern hierfür der Gesichtspunkt der Retorsion geltend gemacht wird, kein dahin gehender Rechtsanspruch des Einzelnen zu statuiren ist, daß er im Verkehr mit einem Auswärtigen vortheilhafter gestellt werde wie im Verhältniß zu Hiesigen, indem von den Gerichten dem Angehörigen eines anderen Staates ein den Hiesigen gewährtes Recht verweigert oder ihm ein Nachtheil zugefügt werde, welcher ihn unter der Voraussetzung gegenseitig anerkannter Rechtsgemeinschaft nicht hätte treffen können;

da, auch abgesehen hiervon, die Retorsion ihrem Begriff zufolge die Identität des anzuwendenden Rechtssatzes, mithin im vorliegenden Fall voraussetzt, daß die hiesigen Gerichte so verfahren als ob die Preußische Concurs-Ordnung auch in Hamburg geltendes Recht wäre, eine Frage die nur dann von praktischer Bedeutung sein könnte wenn es sich, was hier nicht der Fall ist, von einem in Preußen eröffneten Concurse handelte;

da vielmehr die Sache nach dem hieselbst geltenden Rechte zu beurtheilen, und deshalb auch der vom Kläger in der von ihm aufgestellten Beschwerde offerirte Beweis über das preußische Recht vom Niedergerichte als irrelevant mit Recht nicht zugelassen ist;

da auf den vorliegenden Fall zwar nicht der Art. 10 der Neuen Falliten-Ordnung, allerdings aber der Art. 17 sub. d. Anwendung findet, und deshalb die Kläger, nachdem das Nordhauser Gericht die Cassation des von ihnen dort angelegten Arrestes auf beklagtische Intercessionales verweigert hat, um zur Theilnahme an der hiesigen Fallitmasse admittirt zu werden, die Sache vorgängig in denselben Stand zu setzen haben wie wenn jener Arrest entweder nicht angelegt oder doch dessen Aufhebung auf Anhalten der Curatores bonorum bewirkt worden wäre;

daß unter Verwerfung der beiderseitigen Beschwerden und unter Compensation der Kosten dieser Instanz das niedergerichtliche Erkenntniß vom 2. September v. J. zu bestätigen sei.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 12. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 22. März. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dirks c. Heinemann. — Albrecht & Dill c. Capt. Charlesworth. — Dr. May c. Rumpf. — Obergericht: Dr. Hirsch c. Schloßmann. — Niedergericht: Heckscher c. Levy.

Handelsgericht.

No. 22.

Zweite Kammer. Audienz vom 18. Januar. Präses: Herr Dr. Suter. Richter: die Herren Krönig und Schenck.

J. H. Dirks nom. Capt. A. Bocandé vom Dampfschiffe „Hambourg“ (Dr. Stavenütter) gegen D. Heinemann (Dr. Antoine-Feill).

Kläger verlangt die Bezahlung von Bco.℔ 1776. 12ß für Fracht, welche Beklagter als Ablader hieselbst zu bezahlen sich verpflichtet habe.

Der Beklagte wendet ein: Der Kläger habe ihm in einem als Anlage A producirten Briefe*) zugesagt, auf einen Betrag von 2852 Frcs. 29 Cent. ihm 15 pCt. zu vergüten, falls er 50 Last Weizen im Laufe der nächsten Woche mit dem Dampfschiffe „Paris“ verladen werde; ausweise seiner Antwort (Anlage B) **) habe er diese Proposition angenommen, und komme demgemäß jene Summe mit Bco.℔ 231. 13ß von der eingeklagten Frachtrechnung in Abzug. Den Rest habe er mit Bco.℔ 1544. 15ß gerichtlich deponirt, mache aber wegen Versendung seiner Waare von Havre nach Paris, pr. Canal anstatt mit der Eisenbahn, Schadensansprüche geltend.

*) Die Anlage A lautet:

Hamburg, d. 10. Decbr. 1861.

Herrn Dav. Heinemann hieselbst.

Falls Sie, wie mündlich verabredet, 50 à 60 Last Weizen im Laufe der nächsten Woche bei dem Dampfboot „Paris“ verladen sollten, so erkläre ich hiemit, daß die Fracht zu 58¼ Fr. in full pr. 2000 Kilo nach Paris zu liefern accordirt ist. Auch soll in diesem Falle Ihnen die Primage auf die jetzt bei dem Boote „Hambourg“ berechnete 15 pCt. Primage 1 Franc pr. Last zurückvergütet werden, wofür ich mich hiemit als Selbstschuldner verpflichte. Ganz ergebenst

(gez.) Joach. H. Dirks.

**) Die Anlage B lautet:

Hamburg, d. 11. Decbr. 1861.

Herrn J. H. Dirks hier.

Die mir behändigte Rechnung über Bco.℔ 1776. 12ß nehme ich unter dem Vorbehalt an, daß die Fracht von 57½ Frcs. pr. 15 pCt. unserer Vereinbarung gemäß nur auf 58¼ Frcs. full zu reduciren ist, falls ich Ihnen nächste Woche noch circa 50 Last Getreide nach Paris zu 58¼ Frcs. oder nach Havre zu 35 Frcs. full pr. 2000 Kilo gebe, und daß von obigen 15 pCt. auf 2852 Frcs. 19 Cts. um so viel weniger nach Verhältniß abgeht, als ich weniger wie ca. 50 Last noch nachträglich zu resp. 58¼ und 35 Frcs. full laden würde.

Ergebenst

(gez.) David Heinemann.

Der Kläger entgegnet: Auf die vom Beklagten geltend gemachten durchaus illiquiden Schadensansprüche lasse er sich in diesem Processe überall nicht ein, sondern bitte den Beklagten mit denselben ad separatum zu verweisen. — Der vom Beklagten beanspruchte Abzug von Bco.ℋ 231. 13 β sei unzulässig, da wie die Anlage A ergebe, dem Beklagten die Zusage einer Fracht-Vergütung von 15 pCt. nur unter der Bedingung gemacht worden sei, daß Beklagter ein Quantum von mindestens 50 Last Weizen „im Laufe der nächsten Woche“ verladen werde, nun habe aber Beklagter, wie ein Schreiben desselben vom 10. December (Anl. 2) und das Connossement Anlage 3 ergebe, bis zum Ende der fraglichen Woche (21. December) nur circa 18 Last verladen gehabt, und selbst mit Hinzurechnung eines ausweise Connossements Anlage 4 später am 25. December verladenen Quantums von 433 Sack betrage die verladene Partie Weizen nur etwa 36 Last. — Ein verhältnißmäßiger Abzug von der Fracht sei unzulässig, der dahin gehende Zusatz im Briefe des Beklagten sei ein eigenmächtiger, vom Kläger nicht acceptirter; schlimmsten Falles könne Beklagter nur für die bis zum 21. December verladenen 18 Last eine Reduction der Fracht verlangen.

Erkannt:

da Kläger in seinem Schreiben vom 10. December 1861 erklärt hat, dafür aufkommen zu wollen, daß die Fracht für die hier fraglichen mit dem „Hambourg“ verladenen 974 Säcke Weizen auf 58½ Frcs. in full per 2000 Kilo herabgesetzt werden solle, falls Beklagter im Laufe der nächsten Woche zu gleicher Fracht 50 à 60 Last Weizen mit dem Dampfschiffe „Paris“ verladen werde, in dieser Zusicherung aber nach der Natur der Verhältnisse der Nachdruck nicht auf der Zeit, sondern auf dem Schiffe liegt und daher dem Beklagten ein Recht auf die ihm zugesagte Frachtermäßigung nicht abgesprochen werden kann, nachdem durch die producirten beiden Connossemente vom 23. December 1861 nachgewiesen worden ist, daß derselbe mit dem „Paris“ über 97000 Kilo Weizen, also, wie bei Frachtberechnung für Getreide üblich und wie vom Kläger in der Anlage A angedeutet, 2000 Kilo für 1 Last gerechnet, circa 50 Last wirklich verladen hat,

da somit der Frachtanspruch des Klägers auf 2091 Frcs. 89 Cts. oder Bco.ℋ 1571. 14 β herabzusetzen ist,

da aber der beklagtischerseits erhobene Gegenanspruch, gerichtet auf Schadensersatz wegen nicht gehörig erfüllten Frachtcontractes, zwar völlig conner, dagegen aber gänzlich illiquide ist und also selbst, wenn man davon absehen wollte, daß die eingeklagte Fracht schon bei Entgegennahme der Connossemente hätte bezahlt werden sollen, sich zur Verweisung ad reconventionem nicht eignet, weil im Executivprocesse, welcher die möglichst rasche Berichtigung der processualisch privilegirten Forderungen zum Zwecke hat, illiquide Einreden stets ad separatum zu verweisen, wenn nicht die Bedingungen eines Arrestes vorhanden sind, also eine einigermaßen bescheinigte Forderung vorliegt und eine causa arresti nachgewiesen ist, Beklagter aber, abgesehen davon, daß er den Betrag seines Anspruches nicht einmal annähernd hat angeben können, weder seine Behauptung, daß der Weizen von Havre nach Paris per Canal verladen, noch die, daß der Transport per Eisenbahn ausbedungen worden, irgendwie bescheinigt hat,

daß Beklagter schuldig sei, dem Kläger loco der libellirten Bco.ℋ 1770. 12 β die Summe von Bco.ℋ 1571. 14 β, nebst Zinsen vom Klagetage, innerhalb 3 mal 24 Stunden sub poena executionis zu bezahlen, mit seinen Schadensansprüchen aber ad separatum zu verweisen.

Die Kosten des Processes werden compensirt und wird Beklagter protestivirt, die in dieser Sache ad depositum judiciale gebrachten Gelder wieder zurück zu erheben.

In Folge des vom Kläger eingelegten Rechtsmittels der Restitution hat die erste Kammer des Handelsgerichts,

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Abegg,

am 20. Februar erkannt:

da Implorant in dem Brief, Anlage A., dem Imploraten den jetzt von diesem beanspruchten Abzug von der eingeklagten Frachtrechnung nur unter der Bedingung zugesichert hat, daß Implorat

im Laufe der nächsten Woche bei dem Dampfboot „Paris" weitere 50—60 Last verladen werde;

da nun, wenn auch, wie das Erkenntniß a quo bemerkt, das Hauptinteresse des Imploranten bei dieser Bedingung darin bestand, daß bei der bevorstehenden Expedition des Dampfboots „Paris" dieses die vom Imploraten in Aussicht gestellte Ladung erhalte, doch anderer Seits dem Imploranten auch daran gelegen sein mußte, daß die zu verladende Waare rechtzeitig zur Verladung bereit sei und somit die Worte: „im Laufe der nächsten Woche" nicht als bedeutungslos betrachtet werden können;

da auch von dieser Auffassung um so gewisser ausgegangen werden muß, als Implorat selbst nach Inhalt der seinem Bevollmächtigten ertheilten und vom diesem zu den Akten gebrachten Instruction die Worte: „im Laufe der nächsten Woche" keinesweges irrelevant betrachtet, vielmehr in dieser Instruction sich darauf beruft, daß er am 10. December bei Auswechselung der Anlagen A. und 2 es sich mündlich ausbedungen habe, daß das Dampfboot einige Tage länger warten müsse, wenn die Waare bis zum Sonnabend nächster Woche nicht parat sein sollte;

da aber auch auf diese letztere Behauptung des Imploraten nicht einzugehen ist, und zwar deshalb nicht, weil Implorat in dem vom 11. Decbr. datirten Schreiben, — Anlage B. — obschon dieses Schreiben offenbar nur bestimmt war, die getroffene Vereinbarung näher zu präcisiren, durchaus nicht auf diesen angeblich am Tage zuvor gemachten Vorbehalt zurückgekommen ist, vielmehr, ohne des Dampfschiffs „Paris" Erwähnung zu thun, die Bedingung dahin abgegeben hat: „falls ich Ihnen nächste Woche noch circa 50 Last gebe";

da nun auch die Parteien darüber einverstanden sind, daß bis zu dem Ablauf der festgesetzten Zeit nur circa 18 Last von dem Imploraten verladen wurden, der letztere auch nicht etwa behauptet, daß ein Mehres von ihm nicht hätte verladen werden können, weil der Implorant oder das Dampfschiff nicht rechtzeitig zur Abnahme bereit gewesen sei und nicht einmal darüber etwas aus den Angaben des Imploraten zu entnehmen ist, ob er vor Ablauf der Frist ein größeres Quantum als die circa 18 Last auch nur zur Verladung angemeldet hat;

da hiernach Implorat keinenfalls die ganze Vergütung in Anspruch nehmen kann, welche Implorant ihm für den Fall, daß 50 Last verladen würden, zugesichert hat;

da aber daraus, daß Implorant den Brief Anlage B. unbeantwortet ließ, den Umständen nach angenommen werden muß, daß derselbe mit dem Inhalt dieses Briefes und also auch damit einverstanden war, daß dem Imploraten für den Fall, daß weniger als 50 Last verladen würden, eine verhältnißmäßige Vergütung zu Theil werden solle, und somit auch dem Imploraten eine solche Vergütung für die circa 18 Last nicht abgesprochen werden kann;

da endlich bei der Berechnung dieser Vergütung davon auszugehen ist; daß die Parteien unter dem Ausdruck „Last," da, wo es sich um die Bestimmung des zu verladenden Quantums handelt, eine hiesige Last zu 5400 ℔ oder 2700 Kilo verstanden, und nur da, wo es sich um den Frachtpreis handelt, eine Last zu 2000 Kilo gerechnet haben, indem nicht nur in der Anlage 2 die in der eingeklagten Rechnung aufgeführten ca. 100,000 Kilo als ca. 40 Last bezeichnet sind, sondern Implorat auch in der erwähnten, seinem Bevollmächtigten ertheilten Instruction dasselbe Quantum, ca. 40 Last nennt und sodann hinzufügt: „die Fracht ist per Last von 2000 Kilos;"

da hiernach Implorat von der eingeklagten Frachtrechnung nur einen Abzug von Bco℔ 73. 12 ß zu machen berechtigt ist:

daß auf Grund der erhobenen Beschwerde das angefochtene Erkenntniß zweiter Kammer vom 18. vorigen Monats dahin abzuändern:

daß Implorat dem Imploranten statt der eingeklagten Bco℔ 1770. 12 ß die Summe von Bco℔ 1697. nebst den Zinsen vom Klagetage innerhalb 3 mal 24 Stunden sub poena executionis zu bezahlen habe,

daß im Uebrigen aber das Erkenntniß zweiter Kammer und zwar unter Compensation der Kosten dieser Instanz, zu bestätigen.

No. 23.

Erste Kammer. Audienz vom 6. Februar 1862.
Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Blume und Schuldt.

Albrecht & Dill m. n. L. N. Enequist auf Wisby (Dr. Sieveking), gegen Capitain W. Charlesworth vom engl. Dampfschiff Gipsy Queen, modo H. C. Röver (Dr. Brandis).

Die Kläger führen aus: Die Gipsy Queen sei im August d. J. bei Gothland auf den Grund gerathen. Der Capitain habe damals mit einem G. F. Thomson die Rettung von Schiff und Ladung gegen Zahlung von 500 £ für das Schiff und 1/8 der Ladung accordirt. Dieselbe sei geglückt und das Schiff auf der Rhede von Burgsrik eingelaufen. Der Capitain habe sich darauf an den klägerischen Mandanten Enequist, wegen Zahlung des Berglohns und Aufmachung der Havarierechnung gewandt. Dieser habe den ersteren mit ℛ Riksmynt 27,000 bezahlt und die Havarierechnung aufgemacht, wonach das Schiff ℛ Riksmynt 32,331 zu bezahlen hatte. Der Capitain habe dieselbe durch seine Unterschrift anerkannt. Zur Sicherstellung dieser Forderung sei das Schiff mit Arrest belegt worden. Dennoch habe sich der Capitain heimlich mit dem Schiffe entfernt.—Bei seiner Ankunft hier ist dasselbe auf Antrag der Kläger im Auftrage von Enequist mit Beschlag belegt worden, dieser Beschlag aber, nach Uebernahme selbstschuldiger Bürgschaft bis zum Belaufe von 25,000 ℔ Bco. durch den Beklagten H. C. Röver aufgehoben worden.— Die Kläger beantragen nunmehr den Arrest resp. die Caution für gehörig prosequirt und justificirt zu erklären, den Beklagten principaliter in die Zahlung von Riksmynt ℛ 32,331 zu verurtheilen, eventuell die Caution bis zur Erledigung des gegen die Rhederei der Gipsy Queen anzustellenden Verfahrens aufrecht zu erhalten, um sodann zur Befriedigung des Klägers zu dienen. Die Competenz des Handelsgerichts sei sowohl durch die Arrestanlage selbst, als auch nach dem Grundsatze des Seerechts, daß direct gegen das Schiff gerichtete Ansprüche, wie namentlich solche, die aus Ansegelungen, Bodmereien, Bergungen herrührten, als actiones in rem scriptae stets im forum rei sitae zum Austrag gebracht werden könnten, begründet.

Der Beklagte entgegnet: Die Prosecution des Arrestes resp. der an Stelle desselben getretenen Caution sei nicht in gehöriger Weise geschehen, indem dieselbe nicht gegen ihn, Röver, sondern gegen Capt. Charlesworth oder gegen die Rhederei des Schiffes hätte gerichtet werden müssen. Er bitte deshalb im Namen der letzteren die ihn mit ihrer Vertretung beauftragt habe, den Arrest für nicht gehörig prosequirt zu erklären, denselben zu cassiren und mithin auch seine Verbürgung für erledigt zu erklären. Der Arrest sei ferner als ein Arrest „fremd gegen fremd" zu cassiren, insbesondere da der Rechtsweg dem Kläger in foro des Impetraten immer freigestanden hätte. Jedenfalls könne es nur auf das eventuelle petitum der Kläger ankommen, da dem principalen Antrage derselben die Einrede der Incompetenz entgegenstehe. Es handele sich um einen Anspruch resp. einen Arrest fremd gegen fremd. Der verstattete Arrest könne also höchstens die Bedeutung einer provisorischen Sicherheitsmaßregel haben, hinsichtlich deren Prosecution aber der Impetrant an die für den fremden Impetraten competenten Gerichte zu verweisen sei, deren Verfügung der Beibehaltung er bei Strafe der Cassation des Arrestes resp. der Caution innerhalb einer anzuberaumenden Frist beizubringen habe. Ein hier gelegter Arrest begründe nur dann den hiesigen Gerichtsstand in der Hauptsache, wenn der Impetrant ein Hiesiger sei; ebensowenig sei für die Competenz der hiesigen Gerichte anzuführen, daß Klagen aus einer Bergung actiones in rem scriptae seien, welche da, wo der Berechtigte des Schiffes habhaft werde, zum Austrage gebracht werden könnten; denn diese Klagen seien weder in rem scriptae noch liege in concreto eine Klage aus einer Bergung vor, indem es sich vielmehr um Ansprüche aus einem Rechnungsverhältniß handele, nämlich um den Ersatz angeblich für und im Namen des Capt. Charlesworth gemachter Zahlungen. Die Kläger seien demnach an das für die beklagtische Rhederei competente forum (das englische Admiralitätsgericht) zu verweisen und ihnen aufzugeben, innerhalb 3 Wochen eine Verfügung dieses Gerichts beizubringen, durch welche die Beibehaltung des Arrestes

resp. der an seine Stelle getretenen Caution, ausgesprochen werde.

Die Kläger repliciren: Die Prosecution des Arrestes sei in gehöriger Weise geschehen, da Röver durch Uebernahme der Caution die Verpflichtung, an Stelle des Capitains auf die durch die Kette begründeten Ansprüche hier Rede zu stehen, eingegangen sei. (cf. Viguié Success. c. Heeren & Co. 1859.) Die Competenz der hiesigen Gerichte für die Hauptsache sei begründet, 1) durch die Arrestanlage selbst, 2) weil der Gerichtsstand der belegenen Sache hier zutreffe, 3) weil der Capitain sich unberechtigter Weise dem Gerichtsstande des Klägers entzogen habe, indem er sich, trotz seines Versprechens, Wisby vor ausgemachter Sache nicht zu verlassen, und trotz des von dem dortigen Gerichte auf die Gipsy Queen gelegten Arrestes mit dem Schiffe heimlich von dort entfernt habe, und demnach dem Kläger da zu Recht stehen müsse, wo er von ihm betroffen werde. Durch die Bezahlung der Forderung am Thomson, habe Enequist dieselben Rechte erworben, die dieser gegen den Capitain gehabt, und es sei somit die Klage, weil auf Berglohn gerichtet, als eine in rem scripta anzusehen, für welche das forum rei sitae begründet sei. Durch die Arrestanlage in Wisby ferner sei der Capitain jedenfalls dem Gerichtsstand des Klägers unterworfen worden, der Letztere könne daher verlangen in die Lage versetzt zu werden, in welcher er sich vor der heimlichen Flucht des Capitains befunden habe, und sei er demnach berechtigt, das Schiff, wo er desselben habhaft werde, zu belangen. Eventuell müsse das hiesige Gericht doch anerkennen, daß ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß des Gerichtes zu Wisby zur Erhebung des arrestatum hier genüge. Schlimmstenfalls müsse zur einstweiligen Aufrechthaltung des Arrestes der innerhalb 3 Monaten zu liefernde Nachweis genügen, daß eine Klage vor dem betreffenden englischen Gerichte angestellt worden sei.

Der Beklagte bemerkt, daß durch die Bezahlung des Berglohns durch Enequist die Rechte der Berger, — insbesondere da eine Cession nicht vorliege — nicht auf denselben übergegangen sein könnten. Das eventuelle petitum, die Anerkennung der Competenz der Wisbyer Gerichte betreffend, so sei auch für diese Frage das hiesige Gericht nicht competent.

Erkannt:

da ausweise des Cautionsprotocolles Citat H. C. Röver nicht etwa nur eine Bürgschaft für die Summe übernommen hat, in welche das Schiff Gipsy Queen verurtheilt werden würde, sondern die auf das Schiff gelegte Kette verbürgt hat, in der Verbürgung eines Arrestes, welcher auf ein, einer auswärtigen Rhederei gehöriges Schiff gelegt ward, aber nicht nur eine cautio iudicatum solvi, sondern auch eine cautio iudicio sisti gefunden werden muß, wie dieses bereits im Jahre 1833 in Sachen: Dris. J. C. Knauth m. n. Dencker & Co. c. James Koll ausgesprochen ward,

da nun eine cautio iudicio sisti, wenn sie für einen Auswärtigen geleistet wird, der sich entweder gar nicht, oder doch nur ganz vorübergehend hier aufhält, der Natur der Sache nach dem Caventen die Verpflichtung auferlegt, dafür zu sorgen, daß dem Kläger rechtzeitig ein Hiesiger aufgegeben werde, der zur Entgegennahme von Vorladungen für den Beklagten bereit ist, und der Cavent demnach schon dann, wenn er dieser Verpflichtung nicht genügt hat, sich nicht weigern kann, den Beklagten in dem gegen diesen gerichteten Proceß zu vertreten,

da nun auch im vorliegenden Fall, in welchem die auswärtige Rhederei das Schiff oder deren nur vorübergehend sich hier aufhaltender Vertreter, der Capitain, vorzuladen war, es irrelevant erscheinen muß, ob der Prosecutionsantrag noch auf dem Schiffe hätte insinuirt werden können, und zwar deshalb, weil auch in diesem Falle nach bestellter Caution es nicht dem m. n. Citanten oblag, darauf zu vigiliren, ob sie das Schiff noch hier würden antreffen können, sie vielmehr von dem Caventen erwarten durften, daß dieser sie in den Stand setze, die Insinuation in der oben angegebenen Weise zu beschaffen,

da es hiernach ganz dahingestellt bleiben kann, ob die jetzt von dem Citaten abgegebene Erklärung, daß er von der Rhederei der Gipsy Queen zu deren Vertretung in diesem Processe beauftragt sei, den Erfolg haben müßte, daß die Prosecution, wenn sie auch ursprünglich nicht gegen den Citaten hätte gerichtet werden dürfen, doch jetzt in der angebrachten Weise als beschafft zu betrachten wäre,

daß die Einrede des Citaten, nach welcher die

Prosecution des von ihm verbürgten Befehls gegen die Rhederei oder den Capitain hätte gerichtet werden müssen, zu verwerfen sei,

da ferner — den vom Citaten gegen die Zulässigkeit des Arrestes erhobenen Einwand betreffend — allerdings von den hiesigen Gerichten ein Arrest „fremd gegen fremd“ in der Regel nicht verstattet wird, von dieser Regel aber bereits häufiger und namentlich dann eine Ausnahme gemacht worden ist, wenn — wie es auch hier der Fall ist — gegen die Rhederei eines im hiesigen Hafen liegenden Schiffes Ansprüche erhoben werden, für welche wenigstens nach hiesigem Rechte die Rhederei nur mit dem Schiffe selbst haftet, ein Arrest in solchem Falle auch besonders deshalb für zulässig erachtet werden muß, weil, wenn das Schiff auf's Neue den Gefahren der See ausgesetzt würde, schon dadurch ein Verlust der auf demselben haftenden Forderung herbeigeführt werden könnte;

da jedoch bei einem Arrest, welcher unter diesen Umständen verstattet wird, der Grund nicht zutrifft, aus welchem sonst, wenn ein Arrest hierorts gelegt ist, die hiesigen Gerichte sich auch für die Entscheidung der Hauptsache competent erachten müssen, vielmehr in Fällen der vorliegenden Art es wenigstens in der Regel richtiger erscheinen muß, die der hiesigen Gerichtsbarkeit im Allgemeinen nicht unterworfenen Parteien zur Ausführung ihres Streits an das sonst für dieselben zuständige Gericht zu verweisen, wie dieses auch bereits wiederholt in ähnlichen Fällen geschehen ist;

da hiernach nur auf das eventuelle petitum der m. n. Citanten einzugehen ist, ihrem für diesen Fall ferner gestellten Antrag aber, daß das Wisbyer Gericht als dasjenige anerkannt werde, welches für die Entscheidung der Hauptsache competent sei, bei erfolgtem Widerspruch des Citaten nicht entsprochen werden kann, und zwar deshalb nicht, weil überhaupt die Vollmachtgeber der m. n. Citanten vor den hiesigen Gerichten es nicht als ein ihnen zustehendes Recht in Anspruch nehmen können, daß ein anderes forum, als das forum domicilii der Impetraten als zuständig für die Entscheidung der Hauptsache anerkannt werde und daher auch für die hiesigen Gerichte keine Veranlassung vorliegt, über die Frage, ob im vorliegenden Fall ein forum extraordinarium begründet sein würde, eine Entscheidung zu treffen, vielmehr es ohne Weiteres angemessen erscheinen muß, die Vollmachtgeber der Citanten an dasjenige forum zu verweisen, gegen dessen Entscheidung, wenn sie später hier zur Ausführung gelangen wird, von dem Impetraten keinenfalls der Einwand der Incompetenz erhoben werden kann:

daß zwar der von dem Citaten verbürgte Arrest einstweilen aufrecht zu erhalten, die Vollmachtgeber der m. n. Citanten jedoch zur Geltendmachung des von ihnen hier gegen das Schiff Gipsy Queen erhobenen Anspruchs an die für die Rhederei des Schiffs competenten englischen Gerichte zu verweisen, m. n. Citanten aber, und zwar bei Strafe sofortiger Entfreiung des Citaten H. C. Röver von der von demselben übernommenen Caution, innerhalb 3 Monate den Nachweis, daß ihre Vollmachtgeber den Anspruch vor dem competenten englischen Gericht klagend geltend gemacht haben, zu erbringen, auch in derselben Frist und unter gleichem Präjudiz durch Beibringung einer gehörig beglaubigten Vollmacht sich besser als bisher zu legitimiren haben.

Und soll sodann weiter wie Rechtens erkannt werden.

No. 24.

Zweite Kammer. Audienz vom 1. März.
Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Vogler und Siemssen.

Dr. H. May gegen C. Rumpf (Dr. Winterhoff).

Der Kläger verlangt die Bezahlung eines von Weber, Bernitt & Co. acceptirten, bei Verfall Mangels Zahlung protestirten Wechsels, welcher von dem Beklagten in blanco indossirt ist. Unter dem Indossamente des Beklagten befindet sich noch ein Blanco-Indossament von Dahlström, Wilde & Co., und nach diesem folgen mehrere jetzt durchstrichene Indossamente.

Der Beklagte wendet ein: Kläger sei durch das Blanco-Indossament von Dahlström, Wilde & Co. zu einer Klage aus dem Wechsel nicht legitimirt, denn, wie sich aus dem Proteste ergebe, haben sich zur Zeit

der Protesterhebung nach jenem Indossamente noch eine Reihe anderer, erst später durchstrichener Indossamente auf dem Wechsel befunden. Das Blanco-Indossament von Dahlström, Wilde & Co. habe also bereits früher zur Legitimation eines andern Wechselinhabers gedient und könne jetzt nicht mehr vom Kläger zu seiner Legitimation abermals benutzt werden.

Der Kläger entgegnet: Die durchstrichenen Indossemente auf dem Wechsel seien als nicht vorhanden zu betrachten, aus dem letzten Blanco-Indossamente werde jeder Inhaber des Wechsels genügend legitimirt. — Uebrigens bemerke er, daß er überhaupt nur als Bevollmächtigter von Dahlström, Wilde & Co. den Wechsel eingeklagt habe; diesen gegenüber habe Beklagter jedenfalls durchaus keine Einreden, und sollte klägerische Legitimation durch das Blanco-Indossament für nicht genügend beschafft erachtet werden, so wolle er eventuell erklären, als Mandatar von Dahlström, Wilde & Co. geklagt zu haben, die Beibringung einer ordentlichen Vollmacht versprechen, und bitte er, den Beklagten für jetzt wenigstens in die Deposition der Wechselsumme zu verurtheilen.

Beklagter erklärt, man könne ihm nicht zumuthen, auf die replicarische Verwandlung des aus eigenem Rechte aufgetretenen Klägers in den Bevollmächtigten eines andern Indossanten sich im vorliegenden Processe irgendwie einzulassen.

Erkannt:

In Sachen Dris. H. May, rectius desselben m. n. Dahlström, Wilde & Co. c. E. Rumpf.

Da der Kläger, welcher den Wechsel erst nach erhobenem Protest von Dahlström, Wilde & Co. erhalten hat, sich durch das auf demselben befindliche, durch die nachfolgenden Indossamente schon verbrauchte Blanco-Indossament derselben als Eigenthümer des Wechsels nicht legitimiren kann;

da derselbe indeß erklärt hat, nur mand. noie. von Dahlström, Wilde & Co. klagend auftreten zu wollen:

daß diese Erklärung anzunehmen, das rubrum wie obsteht abzuändern, und Beklagte für verpflichtet zu achten, sich sofort non attento fatali sub poena contumaciae hauptsächlich einzulassen.

Obergericht.

No. 11.

In Sachen Dris. P. Hirsch m. n. H. Hiller gegen Carl Schloßmann & Co. (cf. No. 29 der Gerichtsztg. 1861, Handelsger. No. 81) hat das Obergericht am 14. März das Handelsgerichtliche Erkenntniß ohne Entscheidungsgründe lediglich bestätigt.

Niedergericht.

No. 4.

S. J. Heckscher (Dr. D. Hertz) gegen H. J. und N. J. Levy, in Firma Levy Gebr. (Dr. Wolffson).

Der Kläger führt aus: Die Beklagten hätten ihm vom 1. Mai 1861 bis 1. Mai 1866 ein Parterrelocal am Rödingsmarkt für Crt.℔ 3600. jährliche Miethe vermiethet. Es sei denselben mitgetheilt worden, daß er die gemietheten Localitäten zum Manufacturwaarenlager habe benutzen wollen. Es habe sich jedoch alsbald herausgestellt, daß dieselben dazu und überhaupt zur Benutzung gänzlich unbrauchbar seien, weil der Schwamm in hohem Grade darin sei und die Waaren in Folge dessen dort verdürben. Wiederholte Versuche zur Abhülfe seien vergeblich gewesen. Für diesen Mangel müßten die Beklagten sowohl an sich aufkommen, da sie als Vermiether ein brauchbares Local zu liefern hätten, als auch insbesondere deshalb, weil sie die ausdrückliche Zusicherung gegeben, daß das Local trocken sei und weil sie die Feuchtigkeit desselben gekannt und doloser Weise verschwiegen hätten. Kläger beantragt aus diesen Gründen, in Entstehung alsbaldiger Abhülfe, den Miethcontract, nach vorgängiger Besichtigung der fraglichen Localitäten durch die Kirchspielsmeister, für ungültig und aufgelöst und die Beklagten für den bereits entstandenen und noch entstehenden Schaden für ersatzpflichtig zu erklären.

Die Beklagten opponiren zunächst und hauptsächlich die Einrede des unrechten Beklagten. Das Grundstück, in welchem sich die von dem Kläger gemietheten Räumlichkeiten befänden, sei nämlich von den Beklagten im Frühling 1861 an Sr. M. J. Emden verkauft worden, und habe Kläger sich mit seinen Ansprüchen an diesen zu halten. Das Hamburgische Recht sehe — abweichend vom gemeinen Rechte — das Recht des Miethers gewissermaßen als ein dingliches, als ein jus in re an (cf. Commentator Hinsch ad Art. 13 Stat. II. 9. verbis „quod conductor aliquod jus in re consequatur"). Der nach unserem Rechte geltende Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" habe eben die Bedeutung, daß der Käufer eines Grundstückes ver-

pflichtet sei, den Miethecontract, wie er vom Verkäufer geschlossen war, mit dem Miether fortzusetzen. Letzterer habe daher gegen den neuen Eigenthümer des Grundstücks seine Rechte zu verfolgen, wie er andrerseits auch verpflichtet sei, diesem Eigenthümer den Miethzins zu zahlen. — Im vorliegenden Falle sei dies um so mehr anzunehmen, als der Verkauf des Grundstückes seiner Zeit dem Kläger sowohl von den Beklagten, als durch den Hausmakler Alexander angezeigt worden sei, und als derselbe sich damals nicht nur seine Rechte gegen die Beklagten nicht reservirt, sondern sich sogar mit dem neuen Eigenthümer eingelassen, namentlich denselben zu mehrfachen baulichen Veränderungen aufgefordert habe, die denn auch von diesem ausgeführt worden seien. Dadurch aber habe er anerkannt, daß er den Letzteren als den nunmehr ihm aus dem Contracte Verpflichteten ansehen wolle. Eventuell sich einlassend, läugnen sie, daß ihnen die Absicht des Klägers, das Local zu einem Manufacturwaarenlager zu benutzen, mitgetheilt worden; daß dasselbe überhaupt oder speciell zu diesem Zwecke unbrauchbar sei; daß der Schwamm überhaupt oder doch in so hohem Grade, wie jenseits behauptet, in den fraglichen Localitäten sei; daß von dem Kläger Versuche zur Abhülfe gemacht oder solche ihnen mitgetheilt seien; daß sie eine Zusicherung hinsichtlich der Trockenheit des Locals gegeben oder dessen feuchte Beschaffenheit gekannt und dem Kläger verschwiegen hätten. — Der Letztere habe ferner vor Abschluß des Contractes das Local auf das Genaueste besichtigt, er habe daher den behaupteten Fehler — der ein heimlicher nicht sei — bemerken müssen. Dennoch sei er eingezogen und habe durch eine halbjährliche Benutzung des Locals ohne Monitur dessen Beschaffenheit gebilligt. Ueberdies sei auch Feuchtigkeit oder Schwamm kein Mangel, der zur Aufhebung des Contracts berechtige, und endlich würde dieser Fehler — wenn vorhanden — als Folge des von dem Kläger laut Miethecontracts verlangten schnellen Umbaues der von ihnen gemietheten Räumlichkeiten anzusehen sein.

Der Kläger replicirt: Der Miethecontract sei ein rein persönlicher Contract und brauche er sich daher nicht an den jetzigen Eigenthümer des Grundstücks verweisen zu lassen; es würde dies nur dann anzunehmen sein, wenn er darauf verzichtet hätte, mit den Beklagten in nexu zu verbleiben, was nicht der Fall sei. Er leugne, sich mit dem neuen Eigenthümer in Unterhandlungen wegen Verbesserungen des Hauses eingelassen zu haben, und sei es nicht seine Sache gewesen, solche Verbesserungen, wenn Sr. Emden oder sonst Jemand haben vornehmen wollen, zu untersagen. — An eine gehörige Besichtigung des Locals sei er durch die zur Zeit in demselben befindlichen Mobilien gehindert worden. Er läugne, daß die Feuchtigkeit desselben durch den Umbau veranlaßt sei.

Erkannt am 3. Februar 1862:

Da der Eigenthümer eines Hauses, welcher dasselbe vermiethet hat, sich den ihm als Vermiether obliegenden contractlichen Verpflichtungen durch den Verkauf des Hauses nicht entziehen kann;

da der Beklagte nicht behauptet, daß der Kläger den Eintritt des neuen Eigenthümers in den betreffenden Miethecontract an die Stelle des Beklagten und die Entlassung des Letzteren aus dem contractlichen Nexus ausdrücklich genehmigt habe, auch eine stillschweigende Genehmigung noch nicht daraus gefolgert werden könnte, wenn der Kläger wegen einzelner baulicher Veränderungen in Betreff der von ihm gemietheten Localitäten mit dem neuen Eigenthümer verhandelt haben sollte, weil er sehr wohl von dem stattgefundenen Eigenthumswechsel Notiz nehmen und den neuen Eigenthümer der von ihm bewohnten Localitäten auf erforderliche Reparaturen oder wünschenswerthe Verbesserungen aufmerksam machen konnte, ohne damit denselben als seinen Vermiether anzuerkennen:

daß die Einrede des unrechten Beklagten zu verwerfen und in der Sache selbst vorgängig — unter Vorbehalt aller Competentien für beide Parteien — eine im Beisein der Parteien vorzunehmende, von der diligenteren Partei zu befördernde Besichtigung der in Rede stehenden Localitäten durch die Kirchspielsmeister zu verfügen sei, denen die vorgängige Inspection der Acten und nach stattgehabter Besichtigung ein Bericht darüber aufzutragen:

1) ob und in welchem Grade die in Rede stehenden Localitäten an Feuchtigkeit und Schwamm leiden;
2) eventualiter ob dieser Uebelstand lediglich für eine Folge der stattgehabten, in dem Miethecontracte stipulirten baulichen Veränderungen zu halten, und ob er für einen vorübergehenden oder bleibenden zu erachten, und ob anzunehmen, daß er schon bei Abschluß des Miethecontractes vorhanden gewesen.

Auf beklagtische Appellation wurde dieses Erkenntniß vom Obergericht unter dem 17. März 1862 ohne Entscheidungsgründe bestätigt.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung. Admiralitätsstr. 57.
Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 13. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 29. März. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Schmilinsky & Co. c. Leupold frères.— Niedergericht: Kallmann c. Dröge.— Oberappellationsgericht: Meyer c. Windler & Nagel. — Prätoren: Leidig c. Koppmann.

Handelsgericht.

No. 25.

Zweite Kammer. Audienz vom 19. Februar 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Krogmann und Nölting.

Schmilinsky & Co. cess. noie. der schlesischen Actiengesellschaft für Bergbau- und Zinkhüttenbetrieb in Breslau (Dr. Banks) gegen Leupold frères in Genua modo Dr. Des Arts mand. noie. derselben.

Die Kläger haben bei Berenberg, Goßler & Co. hier einen Befehl auf das Guthaben der Beklagten legen lassen und tragen zur Justification desselben vor: Die schlesische Actiengesellschaft für Bergbau- und Zinkhüttenbetrieb habe den Beklagten Zinkbleche in Consignation geschickt. Da jedoch der Verkauf derselben sehr langsam von statten gegangen sei, so habe sie die Rücksendung der nicht verkauften Waare beordert. Nun erst (1½ Jahre nach dem Empfang) seien die Beklagten mit der Anzeige hervorgetreten, daß die Waare schon havarirt in Genua angekommen sei, und zwar so stark, daß die Beschädigung den Assecuradeurs zur Last gefallen sein würde. — Die Beklagten hätten aber, obgleich sie die Versicherung selbst besorgt und überdies contractlich das gesammte Risico der Reise von Breslau nach dem Orte des Depots übernommen hätten, dennoch es unterlassen, die Assecuradeurs in Anspruch zu nehmen, sowie den Schaden nach Ankunft constatiren zu lassen. Sie seien daher für die gesammte Beschädigung der Zinkbleche verantwortlich; dieselben seien hier angekommen und von den Klägern, denen die schlesische Gesellschaft ihre sämmtlichen Ansprüche an die Beklagten cedirt habe, gegen Bezahlung der darauf haftenden Spesen, Unkosten 2c. in Empfang genommen. Die Beschädigung betrage ausweise Attestes der untersuchenden Makler Bco.-₰ 1839., in welche sie die Beklagten, nach ergangener Subsidialladung, zu verurtheilen bitten.

Die Beklagten entgegnen: Die von den Klägern geltend gemachte Cession sei eine simulirte. Die schlesische Zinkgesellschaft habe anfänglich die Auslieferung der nicht verkauften Zinkbleche an die Kläger beordert, um dadurch die Beklagten in die Hände zu bekommen. Sie, die Beklagten, hätten jedoch die Connossemente an Berenberg, Goßler & Co. geschickt mit dem Auftrage, die Waaren nur gegen Zahlung der darauf haftenden Spesen auszuliefern. Die schlesische Zinkgesellschaft habe darauf Berenberg & Goßler als Mandatare der Beklagten verklagt, sei jedoch mit ihrer Klage abgewiesen worden. Darauf sei schon am folgenden Tage die hier

fragliche Cession fabricirt worden. Es ergebe sich schon hieraus, daß die Cession eine simulirte sei, um die Anlegung eines Arrestes, der fremd gegen fremd nicht gestattet werde, hier möglich zu machen. Der letztere sei daher als erschlichen zu cassiren. — Die Forderung der schlesischen Gesellschaft sei ferner zur Zeit der Cession eine litigiöse gewesen, da das Erkenntniß in dem erwähnten Processe gegen Berenberg, Goßler & Co. damals noch nicht rechtskräftig gewesen sei, und auch aus diesem Grunde die Cession ungültig. Endlich obstire derselben die Einrede der cessio in potentiorem, da die schlesische Gesellschaft nicht im Stande gewesen sein würde, einen Arrestbefehl hier zu erlangen. Eventuell sei die Beschädigung an den Zinkblechen nicht gehörig constatirt, noch die Beklagten für dieselbe verantwortlich zu machen, da sie nicht während des Verweilens im Depot entstanden sei, und sie nur für solche Beschädigung zu haften versprochen hätten, noch sei endlich die Berechnung des Schadens eine zu billigende.

Die Kläger erwidern: Die Einrede der Ungültigkeit der Cession litigiöser Forderungen sei veraltet und nicht zutreffend, da in dem mehrerwähnten Processe Berenberg, Goßler & Co. überhaupt nicht litem contestirt hätten, und ferner das Erkenntniß im Moment der Abgabe — da nicht appellirt worden — rechtskräftig geworden sei. Die zusammenfallenden Einreden der simulirten Cession und des erschlichenen Arrestes würden durch die von ihnen producirte Cessions-Acte vollständig widerlegt. Zum weiteren Beweise producirten sie zwei Reverse (deren Inhalt, soweit für die Entscheidung relevant, sich aus dem nachfolgenden Erkenntniß ergiebt). Uebrigens seien auch Arreste fremd gegen fremd unter Umständen nicht verboten. — Die Einreden hinsichtlich der Constatirung des Schadens, sowie hinsichtlich der beklagtischen Haftung für denselben werden bestritten.

Erkannt:

in Betreff der Einrede des erschlichenen Befehls:

da es nur als ein Vorrecht hiesiger Staatsangehöriger angesehen werden kann, wenn ihnen auf Grund der Bestimmungen des Tit. 17. Partis I. Stutatorum gestattet wird, ohne Angabe einer gemeinrechtlichen causa arresti gegen ihren ausländischen Schuldner durch Arrestanlage auf dessen hier betroffene Güter, soweit die arrestata reichen, den Gerichtsstand der Hamburgischen Gerichte zu begründen;

vgl. Erk. I. Kammer d. H. G. v. 26. Nov. 1855 i. S. Ferd. Blass & Schomburgk cess. noie. c. Gustav Krüger in Kottbus. O. A. G. Erk. i. S. C. H. Hartog c. Ch. Luyckx & Co. v. 21. Oct. 1858.

da somit der vorliegende Arrest nicht aufrecht erhalten werden darf, wenn die Kläger, Impetranten, die geltend gemachte Forderung nicht in ihrem eigenen Interesse, sondern, wenn auch unter dem Namen von Cessionaren, doch re vera nur als Bevollmächtigte und für Rechnung der schlesischen Gesellschaft für Bergbau- und Zinkhüttenbetrieb in Breslau geltend machen sollten, weil dann ein Arrest fremd auf fremd vorliegen würde und ein solcher, als eine Sicherheitsmaßregel, nur dann zu gestatten, respective aufrecht zu erhalten ist, wenn eine genügende causa arresti nachgewiesen werden kann, und deren Vorhandensein im vorliegenden Falle von den Impetranten nicht einmal behaupet worden ist;

da es somit auf die von den Impetraten der Cession entgegengesetzten Einreden ankommt und von diesen allerdings die Einrede der Simulation für begründet erachtet werden muß, weil:

1) eine Cession im rechtlichen Sinne nur da vorhanden ist, wo Jemand durch ein Rechtsgeschäft die rechtliche Befugniß erlangt hat, eine fremde Forderung zu eigenem Vortheile auszuüben, wo also eine procura in rem suam an die Stelle eines Mandates getreten ist;

   Vgl. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte § 18 und 19,
   Vangerow Pandekten III. pag. 107, Anmkg. in fine,
   Puchta sub voce Cession in Weiske's Rechtslexicon II. pag. 639.

2) aus den impetrantischen productis deutlich hervorgeht, daß von einer Ausübung der den Impetranten durch Cessionsacte vom 24. Novbr. 1861 übertragenen Rechte zu eigenem Vortheile auch nicht im Entferntesten die Rede

sein kann, da die emtio nominis, welche in der Cessionsacte zu liegen scheint, durch den Revers des Director Schmieder vom 29. Nov., zusammengehalten mit dem abseiten der Impetranten ihrer Cedentin ertheilten vom 2. Dec. v. J., völlig vernichtet wird, indem nicht allein die Cedentin den Cessionaren erklärt, für allen und jeden Verlust verhaftet bleiben zu wollen, sondern auch Impetranten sich ihrer Cendentin gegenüber verpflichtet haben, seiner Zeit Abrechnung über die Realisirung der ihnen unter der Form einer Cession übertragenen Rechte zu ertheilen und alles Das auszukehren, was ihnen durch dieselbe mehr zu Handen kommen werde, als das pretium beträgt, welches in der Cessionsacte als Aequivalent für die cedirten Rechte stipulirt worden ist, wodurch denn die am 24. Novbr. errichtete sogenannte Cession für die den Impetranten zu Händen gekommenen Waaren in einen Verkaufcommissions-Vertrag und für die im vorliegenden Processe gegen die Impetranten erhobene Schadensansprüche in ein einfaches Mandat umgewandelt ist:

daß cessionario nomine Impetranten schuldig seien, den am 27. Novbr. 1861 bei den Johs. Berenberg, Goßler & Co. angelegten Befehl sofort nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses sub poena execut. zu relariren, auch den Impetraten die Kosten dieses Processes sub poena execut. zu erstatten.

Niedergericht.

No. 5.

In Sachen Heinr. Kalkmann gegen C. H. Dröge (cfr. No. 9 der „Gerichts-Zeitung“, Präturen No. 3) hat das Niedergericht in supplicatorio am 7. März erkannt:

da das Erkenntniß erster Instanz unter den vorliegenden Verhältnissen die Bedingungen einer von der klagenden Feuer-Casse gegen den wider Feuers-Gefahr bei einer anderen Versicherungs-Gesellschaft versichert gewesenen Eigenthümer des abgebrannten Gebäudes zu erhebenden actio negotiorum gestorum mit vollem Rechte hier für nicht zutreffend erachtet hat,

und da eben so wenig der in dieser Instanz geltend gemachte Umstand, daß der Beklagte die klägerischerseits gebrachte Hülfe, ohne Widerspruch dagegen zu erheben, ruhig habe geschehen lassen, die erhobene Klage rechtfertigen kann, — wie denn das Niedergericht bereits im Jahre 1849 eine ganz gleiche Klage derselben Feuercasse und zwar nach beiden oben angegebenen Richtungen hin, unter Hinzufügung sehr ausführlicher Entscheidungsgründe, rechtskräftig als unbegründet zurückgewiesen hat,

vergl. Erkenntniß i. S. der Feuercasse außerhalb der Stadt contra A. H. Sillem & Co. vom 11. Juni 1849, —

daß das von dem Kläger angefochtene Erkenntniß der zweiten Prätur vom 19. Februar 1862, unter Verwerfung der dawider aufgestellten Beschwerde, lediglich zu bestätigen sei.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 8.

P. E. Meyer (Dr. Sieveking) gegen Winckler & Nagel und deren gerichtlich bestellte Mitadministratoren (Dr. G. Hertz).

Die Firma Winckler & Nagel hatte im Jahre 1857 an J. F. Hinck für ca. Bco℔ 10,000 Waaren geliefert, für welchen Belauf Hinck sie anwies auf P. E. Meyer Drei-Monats-Accepte, und zwar drei Monate vom Tage der Factura an, zu trassiren. Auch sollte es Winckler & Nagel zustehen, die Wechsel sofort zu ziehen, falls sie diese erste Ziehung für ihre eigene Rechnung valediren lassen wollten. — Nachdem Winckler

& Nagel sich demgemäß in der Anlage A*) an P. E. Meyer gewandt hatten, benachrichtigten sie denselben durch die Anlagen 1 und 2**), daß sie Bco ℳ 3965. 3 ß und Bco ℳ 2138. 13 ß pr. 30. Januar, und Bco ℳ 4202 pr. 26. Januar 1858 auf ihn trassiren lassen. — Meyer acceptirte diese Wechsel. — In Folge der eingetretenen Handelskrisis mußten Winckler & Nagel, Hinck und Meyer sämmtlich ihre Zahlungen vor Verfall der Wechsel suspendiren. — Meyer hatte für Rechnung des Hinck eine größere Anzahl laufender Wechsel acceptirt, und cedirte ihm Hinck einen Theil seiner Activa, welche bei einem Dritten deponirt und aus welchen die Inhaber aller von Meyer für Hinck'sche Rechnung acceptirter Wechsel, falls sie diesem Accorde (Anl. D) beitreten würden, pro rata befriedigt werden sollten. Meyer forderte hierauf Winckler & Nagel durch die Anlagen B und C*) zu einer Betheiligung bei diesem Vergleiche auf, welche am 26. April erfolgte.

Kläger, welcher obige Wechsel seinerseits eingelöst zu haben behauptet, verlangt nunmehr auf Grund

---

*) Die Anlage A lautet:

Hamburg, 9. Octbr. 1857.

Herrn P. E. Meyer hier.

Von Herrn J. F. Hinck, mit dem wir ein Geschäft zum ungefähren Betrage von Zehn Tausend Ein Hundert Mark Banco abzuschließen im Begriff stehen, empfangen wir die Weisung, gedachten Werth in unseren 3 Monats-Tratten nach 3 Mt. vom Tage der Factura auf Ihre werthe Firma zu entnehmen, wobei es uns freistehen soll denselben Belauf gleich 3 Monat dato der Factura für unsere Rechnung und gegen prompte Deckung auf Sie zu benutzen.

Für erstere Ziehung, d. h. nach 3 Mt. 3 Mt. dato, erbitten wir uns um die Uebernahme Ihrer Garantie zu bestätigen und zeichnen

Achtungsvoll und ergebenst
Winckler & Nagel.

**) Die Anlagen 1 und 2 lauten:

Anlage 1.

Hamburg, d. 31. Octbr. 1857.

Herrn P. E. Meyer hier.

Laut Rücksprache mit Herrn J. F. Hinck, von dem Sie das Nähere erfahren haben werden, waren wir so frei durch Herrn P. R. Hansen in Flensburg auf Sie ausschreiben zu lassen:

Bco ℳ 3966. 3 ß } pr. 30. Januar O/P. R. Hansen &
„ 2138. 13 „ } Johannsen,

die Sie gütigst zu unsern Lasten verehren wollen.

Wir sichern Ihnen für diesen Betrag vor Verfall prompte Deckung zu und zeichnen

Achtungsvoll und ergebenst
pp. Winckler & Nagel.
A. W. Winckler.

Anlage 2.

Hamburg, d. 27. Octbr. 1857.

Herrn P. E. Meyer hier.

In Folge Uebereinkunft mit Herrn J. F. Hinck, der Sie inzwischen wohl unterrichtet haben wird, waren wir so frei, durch die Herren Kallenbach & Co. in Neufriedrichsthal für unsere Rechnung auf Sie ausschreiben zu lassen Bco ℳ 4202. — pr. 26. Januar k. J. c/Eigene. Sie ersuchend, dieses Appoint gütigst zu unsern Lasten zu verehren und f. Z. prompte Deckung zu gewärtigen.

Achtungsvoll und ergebenst
pp. Winckler & Nagel.
A. W. Winckler.

---

*) Die Anlagen B und C lauten:

Anlage B.

Hamburg, d. 27. Febr. 1858.

Herren Winckler & Nagel hier.

Auf Wunsch des Herrn J. F. Hinck hier bestätige ich Ihnen hiermit, daß, wenn der durch die Herren J. Grübel & Cons. mit mir abgeschlossene Vergleich zu Stande kommt, meine bis jetzt Ihnen belasteten Accepte de Bco ℳ 4202. — pr. 26. Januar
„ „ 6104. — „ 30. „
zusammen Bco ℳ 10306. —
mit in die Rechnung der für Herrn Hinck acceptirten Tratten aufgenommen werden, Sie demnach alsdann bei der Dividende zu participiren haben.

Achtungsvoll
P. E. Meyer.

Anlage C.

Hamburg, d. 24. April 1858.

Herren Winckler & Nagel & Mitadministration hier.

Ich bezwecke hierdurch, Sie zu ersuchen, wenn Sie von dem Ihnen gemachten Anerbieten, für meine Accepte Bco ℳ 4202. — pr. H. Kallbach
„ 6104. — „ J. R. Hansen
bei dem Hinck-Meyer'schen Vergleich zu participiren, Gebrauch machen wollen, bis spätestens Montag, den 26. ds., Mittags, Ihre Unterschrift bei dem Herrn John Higson einzureichen, widrigenfalls ich mich genöthigt sehe, die obigen Accepte unverzüglich als eine Forderung bei Ihrer Masse anzumelden, und kann dann ein etwa später von Ihnen gewünschter Beitritt keine Berücksichtigung finden.

Achtungsvoll
P. E. Meyer.

der in Anlagen 1 und 2 ihm ertheilten Deckungsversprechen, mit seinen Beträgen bei der beklagtischen Masse aufgenommen zu werden.

Die Beklagten wenden ein: Den Wechsel von Bco℔ 4202 habe Kläger nicht eingelöst und sei gar nicht im Besitze desselben; außerdem sei der derzeitige Inhaber dieses Wechsels bei der beklagtischen Masse aufgenommen und habe eine Dividende erhalten; der klägerische Anspruch auf Grund dieses Wechsels sei somit schon aus diesem Grunde ungerechtfertigt. — Die andern beiden Wechsel seien zwar vom Kläger eingelöst, indessen könne derselbe auch für diesen Betrag Aufnahme bei der Masse nicht beanspruchen, denn, wenn diese Wechsel auch zunächst für ihre Rechnung valedirt hätten, so sei doch Kläger bei Verfall derselben ausweise der Anlage A nochmals, und zwar für Rechnung von Winckler & Nagel, zu acceptiren verpflichtet gewesen, somit hätte sich aus dem Umstande, daß sie ihrer Deckungspflicht nicht nachgekommen, nur etwa ein Anspruch auf ein Interusurium ergeben können, welches indessen deshalb auch nicht beansprucht werden könne, weil Meyer ebenfalls jene Accepte nicht prompt eingelöst habe. Außerdem aber gehe aus den Anlagen A—C hervor, daß jedenfalls bei späterer Vereinbarung, nach erfolgter ihrseitiger Unterschrift des Meyer-Hinck'schen Vergleiches, die Wechsel als für Hinck'sche Rechnung gezogen zu gelten hätten, selbst wenn dieses an sich nicht der Fall gewesen.

Der Kläger entgegnet: Rücksichtlich des Wechsels von Bco℔ 4202, welcher in der Klage irrthümlich als eingelöst bezeichnet worden, restringire er seinen Anspruch auf den Betrag von Bco℔ 1340. 10 ß, welchen er aus den von Hinck cedirten Activis dem Inhaber jenes Wechsels mit Genehmigung der Beklagten bezahlt habe. Mit diesem Betrage müßte er unbedingt bei der beklagtischen Masse aufgenommen werden, dieses sein Recht sei unabhängig von dem Besitze des Wechsels und von dem Rechte des Wechselinhabers, denn dieser Anspruch beruhe auf dem ihm ertheilten Mandate, den Wechsel zu acceptiren und dem ihm dagegen von den Beklagten ertheilten Versprechen, ihn bei Verfall zu decken. — Die Wechsel seien ferner sämmtlich für Rechnung und gegen das Deckungsversprechen der Beklagten acceptirt, und diese könnten von der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit nicht dadurch befreit werden, daß Hinck sie für die Zeit nach Verfall der Wechsel zu einer neuen Trassirung zu demselben Belaufe auf ihn angewiesen habe, denn er selbst habe ein späteres Accept für Hinck'sche Rechnung nicht versprochen, habe die am Schlusse der Anlage A von ihm verlangte Garantie nicht gegeben, jenen Brief vielmehr gar nicht beantwortet. — Die in den Anlagen B und C den Beklagten gemachten Anerbieten, rücksichtlich der Wechsel dem Vergleiche beizutreten, welcher für sämmtliche von Meyer für Hinck'sche Rechnung gezogene Wechsel geschlossen worden, und somit auch die in Rede stehenden Wechsel als für Hinck'sche Rechnung acceptirt zu behandeln, sei selbstverständlich unter der Voraussetzung geschehen, daß Beklagte, welche ihre Zahlungseinstellung wiederholt als eine nur momentane und vorübergehende bezeichneten, bei Verfall jene Wechsel ihrerseits aufnehmen würden. Dieser naturgemäßen Voraussetzung aber seien Beklagte nicht nachgekommen, die Unterschrift der Accordacte durch die Beklagten also wirkungslos, denn dieselbe könne doch unmöglich die Wirkung gehabt haben, einmal die Beklagten und außerdem die Inhaber der von ihnen nicht aufgenommenen Wechsel zur Vertheilung der von Hinck cedirten Activa zuzulassen.

Das Handelsgericht (Präses: Hr. Dr. Versmann; Richter: die Herren Kaemmerer und Hunbeiker) erkannte am 24. September 1860:

Da das Verlangen des Klägers, wegen desjenigen Betrages, welchen er accordweise auf den für Rechnung der Beklagten acceptirten Wechsel von Bco℔ 4202 bezahlt hat, bei der beklagtischen Masse aufgenommen zu werden, schon deshalb unbegründet ist, weil — wie der Kläger nicht in Abrede stellt — der Inhaber dieses von der beklagtischen Firma indossirten Wechsels bei der Masse der letzteren als Gläubiger aufgetreten ist und die auf den Wechsel fallenden Dividenden erhoben hat, die beklagtische Masse also, wenn sie außerdem noch eine Dividende auf die vom Kläger bezahlte, ihr durchaus nicht zum Nutzen gereichende Accordsumme entrichten müßte, mehr zu leisten haben würde, als wenn der Kläger sein Accept vollständig eingelöst hätte,

da ferner rücksichtlich aller drei geltend gemachten Wechsel dem klägerischen Anspruche das in den Anlagen B, C und D enthaltene Uebereinkommen

entgegensteht, welchem — wenn es auch seine Richtigkeit hat, daß die Participirung bei der in Anlage B erwähnten Dividende nur dann stattfinden kann, wenn die Beklagten im Besitz der fraglichen Wechsel sein werden — doch jedenfalls das Anerkenntniß zu Grunde liegt, daß die fraglichen Wechsel in Uebereinstimmung mit der vom Kläger unwidersprochen gelassenen Anl. A unter den Parteien als für Rechnung von Hinck acceptirt zu behandeln seien,

daß der Kläger mit seiner erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Proceßkosten, einschließlich derer des stattgehabten Provocationsverfahrens, abzuweisen sei.

Auf klägerische Appellation erkannte das Obergericht am 30. November 1860:

daß, soweit es den Wechsel von Bco℔ 4202 betrifft, die klägerische Beschwerdeführung zu verwerfen ist,

dagegen hinsichtlich der Wechsel von Bco℔ 3965 3 ß und Bco℔ 2183. 13 ß, da diese von dem Kläger als Acceptanten eingelösten Wechsel gegen die Winckler & Nagel'sche Masse zwar auf Grund der dafür von Winckler & Nagel zu leistenden Deckung würden geltend gemacht werden können, diesem Deckungsanspruche jedoch die zufolge beklagtischer Behauptung von Kläger übernommene Garantie für Hinck, um deren Bestätigung Winckler & Nagel am Schlusse ihres Schreibens vom 9. October 1857 (Anlage A) ersuchen, mit Erfolg würde entgegengesetzt werden können, indem wenngleich wegen inzwischen eingetretener Suspension beider Theile, die 3Monat-Tratten nach 3 Monaten vom Tage der Factur, von Winckler & Nagel auf den Kläger nicht mehr gezogen worden sind, letzterer doch dadurch von seiner übernommenen Garantie nicht entfreiet worden ist;

da es somit auf den Beweis dieser klägerischerseits geleugneten Garantie ankommt;

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 24. Septbr. d. J. ratione des Wechsels von Bco.℔ 4202. zu bestätigen, im Uebrigen aber auf Grund der klägerischen eventuellen Beschwerde wieder aufzuheben, und die Beklagten den Beweis:

daß der Kläger die in dem beklagtischen Schreiben vom 9. Octbr. 1857, Anlage A, erbetene Garantie übernommen habe,

dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich, innerhalb 8 Tagen s. p. desert. anzutreten habe.

Auf beklagtische Appellation hat das Oberappellationsgericht am 8. März 1862 das obergerichtliche Erkenntniß aufgehoben und dasjenige des Handelsgerichts wieder hergestellt.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger hat mittelst der wider die Beklagten erhobenen Klage verlangt, für den Belauf der in den Acten näher bezeichneten Wechsel resp. der auf einen derselben gezahlten Dividende, zum Belaufe von Bco℔ 3964. 3 ß, Bco℔ 2138. 13 ß und Bco℔ 1340. 10 ß bei der beklagtischen Masse als Creditor aufgenommen zu werden. Diese Klage, bei welcher es nach rechtskräftiger Verwerfung des Anspruchs wegen der Bco℔ 1340. 10 ß (der Dividende auf den Wechsel von Bco℔ 4202. —) in jetziger Instanz nur noch auf die ersten beiden Wechselbeträge zur Gesammtsumme von Bco℔ 6104. ankam, erschien durch die vom Kläger vorgelegten Avisbriefe vom 27. und 31. Octb. 1857 völlig begründet, indem die Beklagten in diesen Schreiben erklärt hatten, daß die fraglichen drei Wechsel zu ihren Lasten gezogen seien und vor Verfall von ihnen gedeckt werden würden.

Die Beklagten haben dieser Klage zwei Einreden entgegengesetzt:

1) die Einrede, daß — abgesehen von den späteren zwischen den Parteien stattgehabten Vorgängen — freilich sie, die Beklagten, verpflichtet gewesen seien, die drei Wechsel bei Verfall zu decken, dem Kläger aber in Folge einer von ihm für J. F. Hinck, dem Schuldner der Beklagten, gegen sie übernommenen Garantie, die Verbindlichkeit obgelegen habe, den fraglichen Betrag sofort von Neuem zu Lasten Hinck's zu acceptiren; eine Einrede, welche den Beklagten vom Obergerichte zum Beweise verstellt worden ist, und über welche ein Streit unter den Parteien für den Fall nicht besteht, daß es überhaupt auf sie noch ankommen sollte.

2) die Einrede der Entlastung der Beklagten.

Diese Einrede, auf deren Grund das Handelsgericht die Beklagten absolvirt hat, ist durch die beklagtischen Producte D, B und C vollständig substanziirt und bewiesen worden, so daß es nur noch auf das vom Kläger geltend gemachte replikarische Vorbringen ankommen konnte. Denn der Kläger erbot sich in Anl. B, einem Schreiben desselben vom 27. Febr., für den Fall, daß das von Hinck in Gemeinschaft mit ihm proponirte in Actor 9 *) näher dargelegte Accords-Arrangement zu Stande kommen (und zwar für die fraglichen Wechsel der Beklagten Beitritt finden) sollte, diese Wechsel „mit unter die von ihm für Hinck acceptirten aufzunehmen.“ Freilich gingen die Beklagten auf dieses Anerbieten nicht ohne Weiteres ein. Allein ihr Beitritt zu dem auch im Uebrigen zu Stande gekommenen Arrangement erfolgte später, und zwar unbestrittenermaaßen rechtzeitig, nachdem der Kläger am 24. April 1858 (in Anl. C) nochmals unter Festsetzung einer peremtorischen Frist ihnen das Anerbieten gemacht hatte, daß sie im Falle des Beitritts entlastet werden und für die fraglichen Accepte bei dem Hinck-Meyer'schen Vergleiche participiren sollten. Hiebei wurde die bis dahin klägerischerseits prätendirte Anmeldung der Wechselbeträge bei der beklagtischen Masse ausdrücklich als eine nur für den Fall eintretende Eventualität bezeichnet, daß die Beklagten dem Accorde nicht bis zu dem gesetzten Zeitpunkte beitreten sollten.

Der Kläger will nun dem Seitens der Beklagten erfolgten Accordsbeitritte die diesem bemerktermaaßen von ihm selbst im Voraus beigelegte Wirksamkeit nicht zugestehen, weil seine Offerte „in der Voraussetzung gemacht worden sei, die Beklagten würden ihre Zahlungen wieder aufnehmen und in Folge dessen in den Besitz der qu. Wechsel gelangen;“ und diese Voraussetzung habe sich später nicht bewährt, so daß, wenn dennoch dem Accordsbeitritte Folge gegeben werden sollte, der Kläger in die Lage kommen würde, einmal die Beklagten und ein zweites Mal die Wechsel-Inhaber zur Dividenden-Erhebung zulassen zu müssen. Allein diese Anführung ist ungeeignet, die beklagtische Berufung auf die fraglichen Hergänge effectlos zu machen.

Wollte man dieselbe in dem Sinne auffassen, der Kläger habe durch die Annahme, daß die Beklagten in den Besitz der Wechsel kommen würden, als durch einen Beweggrund zu seiner Offerte sich leiten lassen, so würde ihm entgegenstehen, daß ein Irrthum in den Motiven ungeeignet ist, eine Annullirung des irrthümlich eingegangenen Geschäfts herbeizuführen.

Sollte es dagegen seine Absicht gewesen sein, die Behauptung aufzustellen, es sei Theil der Vereinbarung gewesen, daß die Beklagten die Wechsel aus den Händen der damaligen Inhaber an sich bringen würden, damit die Accords-Proponenten Hinck-Meyer die Dividende nur einmal an sie, die Beklagten, nicht aber zweimal — an die Wechsel-Inhaber auf Grund des klägerischen Accepts; an die Beklagten auf Grund der Forderung für die dem Hinck verkauften und gelieferten Waaren, — zu zahlen hätten, so ist auf das Handelsgerichts-Erkenntniß zu verweisen, welches die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung in dem vorgedachten Sinne aufgefaßt hat, indem Es, ohne daß die Beklagten dagegen später etwas erinnert hätten, sich dahin aussprach, „es habe seine Richtigkeit, daß die Participation der Beklagten bei der fraglichen Dividende nur dann stattfinden könne, wenn dieselbe im Besitz der qu. Wechsel sein würden“. — Hiernach ist es allerdings Theil des Abkommens gewesen, daß die Accords-Proponenten nur einmal die Dividende zu zahlen haben sollten; indessen dieser Bestimmung wird keineswegs zuwider gehandelt. — Ob die Dividende von den Wechsel-Inhabern oder von den Beklagten erhoben werde, erschien selbstverständlich für die Accords-Proponenten gleichgültig. Hätte der Kläger diesem unwesentlichen Punkte Bedeutung beigelegt wissen wollen, so wäre es seine Sache gewesen, sich darüber in seiner Proposition ausdrücklich auszusprechen, was nicht geschehen ist. Hiedurch erledigt sich das replikarische Vorbringen des Klägers und es ist unnöthig, auf die einzelnen Bemerkungen einzugehen, durch welche derselbe in unzutreffender Weise in der Vernehmlassung jetziger Instanz jenes Vorbringen aufrecht zu erhalten versucht hat.

Da die zweite Einrede das Streitverhältniß völlig zu Gunsten der Beklagten erledigte, so bedurfte es des vom Obergerichte angeordneten Beweises nicht.

*) Die Vergleichsacte, Anlage D.

Prätnren.

No. 5.

Erste Prätur. Prätor: Herr Dr. Poelchau.

J. W. H. Leidig (Proc. Hagen) gegen J. A. H. Koppmann, als selbstschuldigen Bürgen für H. L. T. W. Schultz (Dr. Kuhle).

Der Kläger hat am 4. Januar 1860 mit dem in rubro genannten Schultz folgenden Contract geschlossen: § 1. Leidig überläßt die bisher von ihm unter der Firma Wilh. Leidig betriebene Fortepiano-Fabrik nebst Inventar und Kundschaft käuflich an

Schultz, mit der Erlaubniß, die bisherige Firma gebrauchen zu dürfen. § 2. Leidig verpflichtet sich, keinerlei eigene Geschäfte mit Fortepiano's, weder hier noch auswärts, noch überseeisch zu betreiben, sowie bei seinen früheren Geschäftsfreunden, sowohl hiesigen als auswärtigen, den Schultz bestens zu empfehlen. § 3. Schultz zahlt für das Inventar sogleich Crt℔ 1159. 15 ß. § 4. Für Uebergabe der Kundschaft und des Geschäfts zahlt Schultz Crt℔ 500 in jährlichen Terminen à Crt℔ 100, und zwar den ersten Termin Michaelis 1861.—Für die prompte Innehaltung dieser Termine übernahm der jetzige Beklagte, Koppmann, unter dem 5. Januar 1860 die selbstschuldige Bürgschaft, und verlangt der Kläger von demselben nunmehr die Zahlung der Michaelis v. J. fällig gewesenen Crt℔ 100.

Der Beklagte schützt zunächst die Einrede der Incompetenz vor. Das der Klage zu Grunde liegende Geschäft sei ein Fabrikunternehmen, und ein solches gehöre nach Art. 10 der Handelsgerichtsordnung, Absatz 2*), zur Competenz des Handelsgerichts. — Eventuell leugnet er, zur Zahlung verpflichtet zu sein, da der Kläger die ihm aus dem Contracte obliegenden Verpflichtungen gegen den Hauptschuldner Schultz nicht erfüllt habe. Kläger habe nämlich, ausweise des Contractes, das Geschäft nebst Inventar, Kundschaft und Firma an Schultz verkauft; er habe demzufolge also seine bisherige Firma förmlich auf Schultz übertragen müssen, sich jedoch bisher beharrlich geweigert, die dazu nöthigen Schritte zu thun. Solange er aber dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, könne er weder von dem Hauptschuldner Schultz, noch von dessen Bürgen, dem Beklagten, die Zahlung des für Geschäft und Firma stipulirten Kaufpreises verlangen.

Der Kläger entgegnet: Die Einrede der Incompetenz sei unbegründet; denn es läge hier der Verkauf eines Fortepiano-Geschäfts vor, und sei Art. 10 der H.-G.-O. darauf nicht anwendbar. Das verkaufte Geschäft verdiene durchaus nicht den Namen einer „Fabrik", wie besonders aus der Geringfügigkeit der Summe erhelle, die für Uebernahme der Kundschaft stipulirt sei. — Was die Uebertragung der Firma betreffe, so habe er sich zu einer solchen nicht verpflichtet; das gehe schon daraus hervor, daß in § 4 des Contracts ein Kaufpreis lediglich „für Uebergabe des Geschäfts und der Kundschaft" festgesetzt sei.

Der Beklagte erwidert: Das verkaufte Geschäft sei bedeutend genug, um den Namen einer „Fabrik" mit Recht beanspruchen zu können; überdies sei es im Contracte von den Parteien selbst mit diesem Namen belegt worden. — Die Verpflichtung des Klägers zur Uebertragung der Firma sei deutlich ausgesprochen in § 1 des Contracts, und auch in § 4 könne „Uebergabe des Geschäfts" nichts Anderes bedeuten als „Uebergabe der Geschäftsfirma."

Erkannt am 11. Februar d. J.:

Da die Einrede der Incompetenz als durch den Art. 10 der H.-G.-O. begründet nicht erachtet werden kann,

da auch die Frage, ob der Kläger zu einer förmlichen Uebertragung der Firma Wilh. Leidig an den Debitor Schultz verpflichtet ist, das mit Bezug auf § 4 des Contracts speciell bezeichnete Object der Verbürgung jedenfalls nicht betrifft,

daß Beklagter schuldig sei, die libellirten 100 ℔ Crt. nebst den Proceßkosten in 8 Tagen s. p. executionis zu bezahlen.

In Folge beklagtischer Supplication hat das Niedergericht am 10. März erkannt:

Da das von dem Kläger dem Hauptschuldner Schultz käuflich überlassene Geschäft nicht nur in dem Kaufcontracte von beiden Contrahenten als eine Fabrik bezeichnet, sondern auch unter einer eigenen, auf dem Firmenbureau declarirten Firma betrieben wird, und ausweise des § 2 des Contractes mit auswärtigen und zwar selbst überseeischen Geschäftsfreunden in Verbindung steht,

da unter diesen Umständen die auf Art. 9 und 10 der H.-G.-O. gestützte Einrede der Incompetenz um so mehr für begründet zu erachten ist, als der Grund, wegen dessen der Hauptschuldner Schultz die Bezahlung des eingeklagten Termins verweigert hat, ein recht eigentlich zur Entscheidung des Handelsgerichts stehender ist:

daß das Erkenntniß der ersten Prätur vom 11. Februar d. J. wieder aufzuheben und der Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz, mit der angestellten Klage von der Prätur ab und ad forum competens zu verweisen sei.

---

*) Der betreffende Passus lautet: „Für Handelsgeschäfte werden ausdrücklich erklärt .... jede Unternehmung von Fabriken, Manufacturen, Lieferungen und Factoreien".…

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.
Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 14. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 5. April. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Sanders c. Lazarus. — Obergericht: Hell Noack & Co. c. Panum. — Niedergericht: Günther c. Finanz-Deputation. — Prätur: Schaaf & Benn c. Ohlendorff.

Handelsgericht.

No. 26.

Erste Kammer. Audienz vom 6. Februar 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht. Richter: die Herren Blume und Schuldt.

August Sanders & Co. (Dr. Brandis) gegen Wilhelm Lazarus, in Vollmacht der Düsseldorfer allgem. Versicherungs-Gesellschaft für See-, Fluß- und Landtransport, und Ferdinand Mieth, in Vollmacht der schlesischen Feuer-Versicherungs-Gesellschaft in Breslau (Dr. Wolffson).

Kläger haben bei den Beklagten die Frachtgelder des Schiffes Concordia, Capt. Gram, für die Reise von Concepcion del Uruguay nach Falmouth oder Cook for orders und nach einem Hafen Großbritanniens, Irlands oder des Continents, taxirt auf Bco.-ℳ 6000., versichert. Am 29. August 1860, als das Schiff seine Ladung — gesalzene Häute — in Concepcion del Uruguay bereits eingenommen hatte und daselbst noch vor Anker lag, entstand ein Sturm, in Folge dessen das Schiff schwere Havarie erlitt und schließlich strandete. Nach der Strandung stand das Wasser im Schiffe bis an die Mitte der Ladung. Nachdem die letztere gelöscht war, wurde das Schiff (ausweise Dispache Anl. 2) condemnirt und verkauft. Die Ladung wurde, da sie beschädigt war, gleichfalls verkauft. — Den dadurch entstandenen Frachtverlust von Bco.-ℳ 5103. weigern sich die Beklagten zu ersetzen und verlangen die Kläger die Verurtheilung derselben in Bezahlung dieses Betrages nach Maßgabe ihrer Zeichnungen.

Die Beklagten entgegnen: Die Condemnation des Schiffes sei keine planmäßige gewesen, da sie nicht wegen Irreparabilität, sondern aus Zweckmäßigkeitsgründen — wegen der Höhe der Reparaturkosten — erfolgt sei. Dieselbe könne daher besonders dem Frachtversicherer gegenüber nicht in Betracht kommen. Es frage sich also, ob der Ladungsempfänger berechtigt gewesen sei, in Folge eines anderen, dem Schiffer nicht zu imputirenden Ereignisses die Zahlung der Fracht ganz oder theilweise zu verweigern. Als ein solches könne der stattgehabte Verkauf der Waare wegen Beschädigung nicht angesehen werden, da nach Hamburgischem Rechte (Stat. Art. 1 tit. 15 P. II.) der Befrachter zur Zahlung der Fracht auch dann verpflichtet sei, wenn die Güter ohne Schuld des Schiffers verdorben oder vernichtet wären. Wäre dies aber auch nicht der Fall, so müsse doch jedenfalls von den Klägern nachgewiesen werden, daß die Waare ohne Gefahr völligen Verderbs nicht habe versandt werden können. Dieser Nachweis aber werde durch die klägerischerseits beigebrachten Atteste, aus denen sich insbesondere nicht ergebe, daß sie sich auf die gesammte Ladung bezögen

Schultz, mit der Erlaubniß, die bisherige Firma gebrauchen zu dürfen. § 2. Leidig verpflichtet sich, keinerlei eigene Geschäfte mit Fortepiano's, weder hier noch auswärts, noch überseeisch zu betreiben, sowie bei seinen früheren Geschäftsfreunden, sowohl hiesigen als auswärtigen, den Schultz bestens zu empfehlen. § 3. Schultz zahlt für das Inventar sogleich Crt℔ 1159. 15 ß. § 4. Für Uebergabe der Kundschaft und des Geschäfts zahlt Schultz Crt℔ 500 in jährlichen Terminen à Crt℔ 100, und zwar den ersten Termin Michaelis 1861.—Für die prompte Innehaltung dieser Termine übernahm der jetzige Beklagte, Koppmann, unter dem 5. Januar 1860 die selbstschuldige Bürgschaft, und verlangt der Kläger von demselben nunmehr die Zahlung der Michaelis v. J. fällig gewesenen Crt℔ 100.

Der Beklagte schützt zunächst die Einrede der Incompetenz vor. Das der Klage zu Grunde liegende Geschäft sei ein Fabrikunternehmen, und ein solches gehöre nach Art. 10 der Handelsgerichtsordnung, Absatz 2*), zur Competenz des Handelsgerichts. — Eventuell leugnet er, zur Zahlung verpflichtet zu sein, da der Kläger die ihm aus dem Contracte obliegenden Verpflichtungen gegen den Hauptschuldner Schultz nicht erfüllt habe. Kläger habe nämlich, ausweise des Contractes, das Geschäft nebst Inventar, Kundschaft und Firma an Schultz verkauft; er habe demzufolge also seine bisherige Firma förmlich auf Schultz übertragen müssen, sich jedoch bisher beharrlich geweigert, die dazu nöthigen Schritte zu thun. Solange er aber dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, könne er weder von dem Hauptschuldner Schultz, noch von dessen Bürgen, dem Beklagten, die Zahlung des für Geschäft und Firma stipulirten Kaufpreises verlangen.

Der Kläger entgegnet: Die Einrede der Incompetenz sei unbegründet; denn es läge hier der Verkauf eines Fortepiano-Geschäfts vor, und sei Art. 10 der H.-G.-O. darauf nicht anwendbar. Das verkaufte Geschäft verdiene durchaus nicht den Namen einer „Fabrik", wie besonders aus der Geringfügigkeit der Summe erhelle, die für Uebernahme der Kundschaft stipulirt sei. — Was die Uebertragung der Firma betreffe, so habe er sich zu einer solchen nicht verpflichtet; das gehe schon daraus hervor, daß in § 4 des Contracts ein Kaufpreis lediglich „für Uebergabe des Geschäfts und der Kundschaft" festgesetzt sei.

Der Beklagte erwidert: Das verkaufte Geschäft sei bedeutend genug, um den Namen einer „Fabrik" mit Recht beanspruchen zu können; überdies sei es im Contracte von den Parteien selbst mit diesem Namen belegt worden. — Die Verpflichtung des Klägers zur Uebertragung der Firma sei deutlich ausgesprochen in § 1 des Contracts, und auch in § 4 könne „Uebergabe des Geschäfts" nichts Anderes bedeuten als „Uebergabe der Geschäftsfirma."

Erkannt am 11. Februar d. J.:

Da die Einrede der Incompetenz als durch den Art. 10 der H.-G.-O. begründet nicht erachtet werden kann,

da auch die Frage, ob der Kläger zu einer förmlichen Uebertragung der Firma Wilh. Leidig an den Debitor Schultz verpflichtet ist, das mit Bezug auf § 4 des Contracts speciell bezeichnete Object der Verbürgung jedenfalls nicht betrifft,

daß Beklagter schuldig sei, die libellirten 100 ℔ Crt. nebst den Proceßkosten in 8 Tagen s. p. executionis zu bezahlen.

In Folge beklagtischer Supplication hat das Niedergericht am 10. März erkannt:

Da das von dem Kläger dem Hauptschuldner Schultz käuflich überlassene Geschäft nicht nur in dem Kaufcontracte von beiden Contrahenten als eine Fabrik bezeichnet, sondern auch unter einer eigenen, auf dem Firmenbureau declarirten Firma betrieben wird, und ausweise des § 2 des Contractes mit auswärtigen und zwar selbst überseeischen Geschäftsfreunden in Verbindung steht,

da unter diesen Umständen die auf Art. 9 und 10 der H.-G.-O. gestützte Einrede der Incompetenz um so mehr für begründet zu erachten ist, als der Grund, wegen dessen der Hauptschuldner Schultz die Bezahlung des eingeklagten Termins verweigert hat, ein recht eigentlich zur Entscheidung des Handelsgerichts stehender ist:

daß das Erkenntniß der ersten Prätur vom 11. Februar d. J. wieder aufzuheben und der Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz, mit der angestellten Klage von der Prätur ab und ad forum competens zu verweisen sei.

---

*) Der betreffende Passus lautet: „Für Handelsgeschäfte werden ausdrücklich erklärt .... jede Unternehmung von Fabriken, Manufacturen, Lieferungen und Factoreien"....

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.
Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 14. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 5. April. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Sanders c. Lazarus. — Obergericht: Hell Noack & Co. c. Panum. — Niedergericht: Günther c. Finanz-Deputation. — Prätoren: Schaaf & Benn c. Ohlendorff.

Handelsgericht.

No. 26.

Erste Kammer. Audienz vom 6. Februar 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht. Richter: die Herren Blume und Schuldt.

August Sanders & Co. (Dr. Brandis) gegen Wilhelm Lazarus, in Vollmacht der Düsseldorfer allgem. Versicherungs-Gesellschaft für See-, Fluß- und Landtransport, und Ferdinand Mieth, in Vollmacht der schlesischen Feuer-Versicherungs-Gesellschaft in Breslau (Dr. Wolffson).

Kläger haben bei den Beklagten die Frachtgelder des Schiffes Concordia, Capt. Gram, für die Reise von Concepcion del Uruguay nach Falmouth oder Cook for orders und nach einem Hafen Großbritanniens, Irlands oder des Continents, taxirt auf Bco.℔ 6000., versichert. Am 29. August 1860, als das Schiff seine Ladung — gesalzene Häute — in Concepcion del Uruguay bereits eingenommen hatte und daselbst noch vor Anker lag, entstand ein Sturm, in Folge dessen das Schiff schwere Havarie erlitt und schließlich strandete. Nach der Strandung stand das Wasser im Schiffe bis an die Mitte der Ladung. Nachdem die letztere gelöscht war, wurde das Schiff (ausweise Dispache Anl. 2) condemnirt und verkauft. Die Ladung wurde, da sie beschädigt war, gleichfalls verkauft. — Den dadurch entstandenen Frachtverlust von Bco.℔ 5103. weigern sich die Beklagten zu ersetzen und verlangen die Kläger die Verurtheilung derselben in Bezahlung dieses Betrages nach Maßgabe ihrer Zeichnungen.

Die Beklagten entgegnen: Die Condemnation des Schiffes sei keine planmäßige gewesen, da sie nicht wegen Irreparabilität, sondern aus Zweckmäßigkeitsgründen — wegen der Höhe der Reparaturkosten — erfolgt sei. Dieselbe könne daher besonders dem Frachtversicherer gegenüber nicht in Betracht kommen. Es frage sich also, ob der Ladungsempfänger berechtigt gewesen sei, in Folge eines anderen, dem Schiffer nicht zu imputirenden Ereignisses die Zahlung der Fracht ganz oder theilweise zu verweigern. Als ein solches könne der stattgehabte Verkauf der Waare wegen Beschädigung nicht angesehen werden, da nach Hamburgischem Rechte (Stat. Art. 1 tit. 15 P. II.) der Befrachter zur Zahlung der Fracht auch dann verpflichtet sei, wenn die Güter ohne Schuld des Schiffers verdorben oder vernichtet wären. Wäre dies aber auch nicht der Fall, so müsse doch jedenfalls von den Klägern nachgewiesen werden, daß die Waare ohne Gefahr völligen Verderbs nicht habe versandt werden können. Dieser Nachweis aber werde durch die klägerischerseits beigebrachten Atteste, aus denen sich insbesondere nicht ergebe, daß sie sich auf die gesammte Ladung bezögen

Söhne annehmen, daß eine Anzeige von der Collision auf den Entschluß der Assecuradeurs, sich auf die Versicherung überhaupt oder so wie geschehen einzulassen, von keinem Einfluß sein werde, wie dieses auch in einem ähnlichen Fall (vergl. Samml. d. Entsch. d. O.-A.-G. Bd. 2. S. 1068 unter III.) angenommen worden ist.

Es haben dann ferner Beklagte sich darauf berufen, daß wenn nicht der Arrest auf das Schiff gelegt worden wäre, dasselbe von dem Unfall nicht betroffen sein würde, in Folge dessen sie jetzt in Anspruch genommen werden. Es ergiebt sich nun auch aus den klägerischen productis, daß das Schiff, als dasselbe am 22. August arrestirt ward, bereits seine Ladung am Bord hatte und es scheint daher dieser Arrest es verursacht zu haben, daß das Schiff sich noch auf der Rhede von Concepcion del Uruguay befand, als es dort von dem Unfall betroffen wurde. Wäre dieses aber der Fall, so müßte nach Inhalt des von den Beklagten citirten § 59 des Allgemeinen Plans angenommen werden, daß Beklagte nur dann für einen in Folge dieses Unfalls eingetretenen Frachtverlust einzustehen haben, wenn eine begründete rechtliche Ursache zu dem Arrest nicht vorhanden gewesen sein sollte. Kläger haben freilich hiergegen sich darauf berufen, daß nicht die Fracht, sondern das Schiff mit Beschlag belegt worden sei und der Versicherer nach dem § 59 verantwortlich sein solle, wenn ein anderer Gegenstand als der versicherte mit Beschlag belegt sei. Es scheint aber diese Argumentation — ganz abgesehen davon, ob durch den § 59 die bezüglichen Bestimmungen des Art. 5 Tit. 5 der Assecuranz- und Havarie-Ordnung abgeändert werden sollten — deshalb nicht zutreffend, weil ein Schade an der Fracht, der möglicher Weise zu Lasten des Assecuradeurs sein könnte, schwerlich jemals durch einen Arrest auf die Fracht, sondern immer nur durch einen Arrest auf das Schiff herbeigeführt werden kann, wie denn auch der § 59 selbst als die Gegenstände, von deren Beschlagnahme die Rede ist, Schiff und Gut bezeichnet, ohne die Fracht zu nennen. Ebensowenig scheint die andere Ausführung der Kläger begründet, nach welcher auch wenn eine rechtlich begründete Ursache für den Arrest vorhanden war, der Versicherer nur einen direct aus dem Arrest entstehenden Schaden nicht zu ersetzen brauche, jedoch auch in diesem Fall für die Gefahren, welchen der versicherte Gegenstand während seiner Anhaltung ausgesetzt sei, einzustehen habe. Es scheint nämlich diese Auffassung mit dem Wortlaute des § 59 unvereinbar, sie würde aber auch zu der Annahme führen, daß der Versicherer die Dauer des von ihm übernommenen Risico's von dem Umstande, ob der Versicherte seine Schulden bezahlen könne und wolle, hätte abhängig machen wollen. Mußte aber diese Einrede als relevant betrachtet werden, so schien, obwohl Kläger irgend welche Umstände bisher nicht angeführt haben, welche, auch wenn die Kette nicht auf das Schiff gelegt wäre, dasselbe an dem Antritt seiner Reise verhindert hätten, doch der Beweis solcher Umstände den Klägern nicht abgeschnitten werden zu dürfen. Neben diesem Beweis war ihnen dann jedenfalls der Beweis nachzulassen, daß eine rechtlich begründete Ursache zu dem Arreste nicht vorhanden gewesen sei. Dieser letztere Beweis konnte aber nicht darauf beschränkt werden, daß die Concordia bei der Collision mit dem Dampfboot nicht in culpa gewesen sei, da, falls nach den in Uruguay geltenden Gesetzen die Concordia, auch ohne daß sie die Collision verschuldet hätte, zu einer Zahlung verpflichtet gewesen sein sollte, diese unmittelbar aus dem Gesetz entspringende Zahlungspflicht nicht anders wie eine vom Schiff contrahirte Schuld betrachtet werden könnte und daher an und für sich als eine rechtlich begründete Ursache zu dem Arrest erscheinen müßte.

Sollten nun aber die nach dem Obigen die Kläger treffenden Beweise von denselben erbracht werden, so würde doch der eingeklagte Schaden von den Beklagten nur dann zu ersetzen sein, wenn derselbe als die Folge des der Concordia zugestoßenen Unfalls zu betrachten sein würde. In dieser Beziehung haben Kläger sich zuerst darauf berufen, daß das Schiff als condemnirt gelten müsse. Es ist jedoch wiederholt ausgesprochen worden, daß der Frachtversicherer sowenig wie der Casco-Versicherer die Condemnation eines Schiffs anzuerkennen brauche, wenn dessen Reparatur factisch möglich war und daß weder dem Einen noch

dem Anderen gegenüber eine Condemnation dadurch begründet werden könne, daß die Reparaturkosten den Werth des Schiffs im reparirten Zustande überstiegen haben würden. Ebensowenig kann aber die Behauptung der Kläger in Betracht kommen, daß die Versicherten hier, wo die Reparatur im Abgangsorte hätte beschafft werden sollen, die Kosten derselben nicht hätten aufbringen können, ganz abgesehen davon, daß diese Thatsache durchaus nicht als constatirt zu betrachten ist. Es haben nun aber auch Kläger dem Mitbeklagten Gr. Mieth gegenüber es noch besonders geltend gemacht, daß dieser durch die Condemnation des Schiffs den Vortheil gehabt habe, daß er nicht in Folge der von ihm mitübernommenen Casco-Versicherung eine bei weitem größere Summe, als er auf den Casco gezeichnet, habe zahlen müssen. Die auf diese Behauptung gestützte replica doli trifft aber deshalb nicht zu, weil die Annahme, daß die Versicherer des Casco, wenn reparirt worden wäre, mehr als die versicherte Summe zu zahlen gehabt hätten, nicht für richtig gehalten werden kann. In diesem Fall würde nämlich, weil die Taxe der Police nur für den Fall des Totalverlustes als der vereinbarte Werth des versicherten Gegenstandes gilt, als Werth des Schiffs der vor der Reparatur zu ermittelnde Werth desselben im beschädigten Zustande zuzüglich der Reparaturkosten angenommen sein und die Versicherer würden nur soviel von den Reparaturkosten zu ersetzen gehabt haben, als im Verhältniß zu dem in dieser Weise berechneten Werth des Schiffs auf die von ihnen versicherte Summe gefallen sein würde.

Es können nun aber Kläger hiernach auch von dem Mitbeklagten Gr. Mieth einen Ersatz des Frachtverlustes nur auf Grund ihrer ferneren Behauptung beanspruchen, daß die Ladung durch den Seeunfall so beschädigt worden sei, daß eine Conservirung derselben bis nach erfolgter Reparatur des Schiffs sich als unmöglich darstellte. Zum Beweis dieser Behauptung konnte aber das Attest Anlage 4 nicht genügen. Denn wenn auch für diesen Beweis die nur zur Garnitur dem Schiffe mitgegebenen Hörner nicht in Betracht kommen können, vielmehr die beiden Partieen Häute als die eigentliche Ladung zu betrachten sind, so geht doch keineswegs aus dem erwähnten Attest hervor, daß die Häute nicht hätten wieder verschifft werden können. Ebensowenig konnten aber die in der Anlage 10a enthaltenen Atteste hiesiger Sachverständigen ausreichend erscheinen, um von der Anordnung eines Beweisverfahrens abzustehen.

Es haben aber Beklagte sich noch darauf berufen, daß auch wenn die Güter die von den Klägern behauptete Beschädigung erlitten hätten, der Schiffer zu einem Anspruch auf die Fracht berechtigt gewesen sei. Ob dieses der Fall war, würde unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Chartepartie in Buenos Ayres geschlossen ist und eine genaue Angabe über den Bestimmungsort des Schiffs nicht enthält, nach dem in Buenos Ayres geltenden Recht zu beurtheilen sein; es konnte jedoch nicht angemessen erscheinen, eine Entscheidung auf Grund dieses fremden Rechts ohne vorherige Beweisführung über dessen Vorschriften abzugeben. Als beweispflichtig mußten aber in dieser Beziehung die Beklagten erscheinen, da nach hiesigem Recht — wie sich auch aus den von Klägern angeführten Entscheidungen in Sachen Dris. Brandis m. n. c. von Bergen vom 25. Januar 1856 und in Sachen desselben Klägers c. J. W. Duncker, vom 11. Februar 1861 ergiebt — der Schiffer, wenn durch einen Havariefall beschädigte Waaren vor beendeter Reise verkauft werden mußten, eine Fracht nur pro rata itineris beanspruchen kann, derselbe also im vorliegenden Fall, da noch kein Theil der Reise zurückgelegt war, zu einer Frachtforderung überhaupt nicht berechtigt gewesen wäre.

Obergericht.

No. 12.

In Sachen Hell, Noack & Co. gegen W. N. Banum (cf. No. 25 und No. 37 der Gerichts-Zeitg. 1861, Handelsgericht No. 63 und No. 109) hat das Obergericht am 10. Februar in contrarestitutorio erkannt:

Da, insofern die Kläger — wie darüber in dem vorliegenden Falle kein Zweifel sein kann — den auswärtigen Concurs des Beklagten anzuerkennen haben, sie auch hinsichtlich der Folgen dieses Con-

curses für ihre Forderung dem Rechte des Concursortes unterworfen sind;

da nun nach dem hier in Betracht kommenden holsteinischen Rechte die dem Schuldner gewährte Wohlthat der Abtretung seiner Güter an seine Gläubiger die Folge hat, daß der Schuldner aus seinem Erwerbe nach dem Concurse für solche Schulden, welche aus der Zeit vor dem Concurse herstammen, von seinen Gläubigern nur dann in Anspruch genommen werden kann, wenn er zu besserem Vermögen gelangt ist, es auch dabei keinen Unterschied begründet, ob der Gläubiger sich in den Concurs eingelassen hat, oder demselben fern geblieben ist;

vergl. die handelsgerichtlichen Erkenntnisse d. 29. September und 28. November 1853 in Sachen G. H. Wallheimer c. Brand & Co.;

da auch in Betreff des angeblichen Zahlungs-Versprechens dem Erkenntnisse contra quod beizupflichten ist, und es somit nur darauf ankommen könnte, ob der Beklagte inzwischen zu solchem Vermögen gelangte, daß er Zahlung zu leisten vermöchte, in dieser Beziehung aber die Acten zur Nachlassung eines desfallsigen Beweises keinen Anhaltpunkt gewähren:

daß das Erkenntniß contra quod der ersten Kammer des Handelsgerichts vom 12. Decbr. v. J., unter Verurtheilung der Contraimploranten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen.

Niedergericht.

No. 5.

J. H. G. Günther (Dr. Ruhle) gegen die Finanz-Deputation (Dr. Loehr).

Der Kläger führt aus: Er sei Hausschlachter und betreibe außerdem ein bedeutendes Geschäft mit gesalzenen und geräucherten Fleischsorten, so wie mit Würsten. Alles zum Betriebe dieses Geschäfts nöthige Vieh schlachte er in einem auf seinem Grundstücke eigends erbauten Schlachthause, da die Benutzung der städtischen Schlachthäuser ein Privileg des Amts der Knochenhauer im alten Schrangen und der Schlachterbrüderschaft im neuen Schrangen sei. Für sämmtliches von ihm geschlachtete Vieh habe er nun bisher an den Thoren mit der Accise zugleich das sogenannte Schlachtgeld entrichten müssen. Dieses Schlachtgeld sei aber nichts als eine Art Miethezahlung für die Benutzung der städtischen Schlachthäuser; es sei daher früher auch nur von den Mitgliedern jener beiden Corporationen, welche ausschließlich in denselben schlachten dürfen, und zwar durch den sogenannten Küterhausschreiber erhoben worden, bis ein Senatsconclusum vom 28. December 1832 aus Zweckmäßigkeitsgründen bestimmte, daß das Schlachtgeld in Zukunft an den Thoren gleichzeitig mit der Accise entrichtet werden solle. Durch dies Conclusum habe natürlich die Natur des Schlachtgeldes nicht verändert werden können; dasselbe sei dadurch nicht etwa aus einer Miethe für die Benutzung bestimmter Baulichkeiten zu einer allgemeinen Schlachtsteuer geworden. Vielmehr sei in dem Conclusum zugleich ausdrücklich bestimmt, daß den hiesigen Bürgern, welche für ihren Hausbedarf einschlachteten, das Schlachtgeld zurückgezahlt werden solle. Auch hätten die Knochenhauer im alten Schrangen, nachdem beim großen Brande das von ihnen benutzte Schlachthaus abgebrannt und sie dadurch gezwungen waren, fortan Schlachthäuser von Privatleuten zu miethen, im Jahre 1845 auf ihr Ansuchen alles seit 1842 an den Staat gezahlte Schlachtgeld zurückerhalten, und bekämen dieselben noch bis auf den heutigen Tag das an den Thoren erlegte Schlachtgeld stets wieder. Mit demselben Rechte wie sie, könne aber auch Kläger die Rückgabe des von ihm am Thor seit Jahren entrichteten Schlachtgeldes fordern, zumal er ja die städtischen Schlachthäuser nicht einmal benutzen dürfe. Er habe sich deshalb zunächst an die Accisebeamten gewandt, aber vergeblich; sodann habe er 1859 eine Eingabe an die Accise-Deputation gemacht, sei aber von Dieser, nach langem Warten, ohne Angabe von Gründen abschlägig beschieden worden. Nachdem er endlich auf einen förmlichen Mahnbrief an die Finanz-Deputation auch nichts erhalten, mache er nunmehr seine Ansprüche gerichtlich geltend und bitte um Verurtheilung der Beklagten zur Rückzahlung des in den Jahren 1850 bis 1860 von ihm für 14691 Schweine, 330 Ochsen und 61 Kälber entrichteten Schlachtgeldes im Betrage von Ct.ℳ 1860. 8ß, eventuell — falls nämlich die Beklagte von der Einrede der Verjährung nicht mit Erfolg Gebrauch machen sollte — auch zur Rückzahlung des in den Jahren 1844 bis 1849 von ihm erlegten Schlachtgeldes.

Die Beklagte wendet ein: Sie wolle nicht bestreiten, daß das Schlachtgeld eine Art Miethe für die Benutzung der öffentlichen Schlachthäuser sei. Der Kläger habe aber gar nicht das Recht gehabt, die von ihm angegebene Zahl von Ochsen, Schweinen und kleinem Vieh zur Betreibung seines Geschäfts in seinem Hause zu schlachten. Er habe als Hausschlachter sowohl nach gesetzlichen Bestimmungen (besonders nach dem Mandat vom 26. October 1814, renovirt den 20. October 1820*) wie nach uraltem Herkommen nur

---

*) Die betreffenden Stellen lauten:

3) Den hiesigen Bürgern und Einwohnern bleibt es jedoch unbenommen, zum Behufe ihrer Haushaltung auf die bisherige Weise in ihren Häusern einschlachten zu lassen; sie haben sich aber dazu allein der Hausschlachter oder der zum alten Küterhause gehörigen Küterschlachter zu bedienen, bei 10 ℛ Strafe.

4) Die erwähnten Haus- und Küterschlachter dürfen nur für die hiesigen Bürger und Einwohner, zum Behuf ihrer Haushaltung, schlechterdings aber nicht, weder für sich noch für Andere, zum Behuf des Verkaufes schlachten, bei 10 ℛ Strafe.

das Recht, für sich und für hiesige Bürger und Einwohner zum Behuf der Haushaltung, nicht aber zum Behuf des Verkaufes, zu schlachten; habe aber dennoch zum Behuf seines Geschäftsbetriebes für sich in seinem Hause geschlachtet. Der Klage liege also ein durchaus gesetzwidriges Verfahren zu Grunde, und sei dieselbe deshalb abzuweisen. — Eventuell opponirt die Beklagte: Die Bekanntmachung vom 28. December 1832 stelle genau die Fälle fest, in denen das Schlachtgeld zurückerstattet werden solle, und darnach habe der Kläger kein Recht auf die Rückzahlung; denn er habe weder das Vieh lebendig wieder ausgeführt, noch es für seinen Hausbedarf eingeschlachtet, noch das Fleisch des geschlachteten Viehes zur Victualisirung von Schiffen gebraucht. Die Wiedererstattung des Schlachtgeldes an die Knochenhauer vom alten Schrangen sei lediglich eine von der Billigkeit gebotene Maßregel, woraus der Kläger kein Recht in Anspruch nehmen könne. In pessimum eventum schützt Beklagte die Einrede der Verjährung, soweit dieselbe zulässig ist, vor und endlich giebt die vom Kläger angegebene Kopfzahl des Viehes, für welches er Schlachtgeld bezahlt hat, als richtig zu.

Der Kläger erwidert: Selbst wenn es wahr wäre, daß er bei Betreibung seiner Schlachterei gesetzwidrig gehandelt hätte, könne das doch seine wohlbegründeten Privatansprüche an den Staat nicht aufheben; sondern höchstens könne der Staat ihn mit der für die ungesetzliche Handlungsweise angedrohten Strafe belegen. Ueberdies habe er nur das gethan, wozu er nach den jetzt bestehenden rechtlichen Zuständen berechtigt gewesen. Die von der Beklagten angeführten Gesetze hätten sich nur auf den Verkauf von frischem Fleisch bezogen, und seien überdies veraltet. Der Verkauf von frischem Fleisch sei allerdings das ausschließliche Privilegium der Knochenhauer als Realberechtigte; dagegen stehe es jedem Bürger frei, mit Fleisch in anderem als rohem Zustande Handel zu treiben und zu diesem Behufe selbst zu schlachten, so viel er wolle. Der Verkauf von geräuchertem, gesalzenem und zu Wurst verarbeitetem Fleisch sei ein freies Gewerbe, welches er (Kläger) neben seinem zünftigen Geschäfte, wie jeder Andere auch, betreiben dürfe. — Was die eventuelle Einrede der Beklagten betreffe, so habe die Bekanntmachung von 1832, indem sie diejenigen Rückzahlungsfälle hervorhob, die ihrem Verfasser gerade bekannt waren, damit nichts anderes sagen wollen, als daß Alle, die bis dahin kein Schlachtgeld entrichtet hätten, auch in Zukunft frei davon sein sollten; wie denn ja auch durch eine einfache Bekanntmachung keine neue Abgabe auferlegt werden könne. Ueberdies habe Kläger das von ihm geschlachtete Vieh in der That fast sämmtlich zur Victualisirung von Schiffen benutzt, würde also schon deshalb Rückgabe des Schlachtgeldes verlangen können. — Daß die Knochenhauer im alten Schrangen nur aus Billigkeitsrücksichten ihr Schlachtgeld zurück erhielten, sei nicht der Fall. Die Beklagte habe vielmehr nach langem Sträuben eingesehen, daß sie ihnen dasselbe auf rechtliche Weise nicht vorenthalten könne; hätte sie ein Recht gehabt, jenes Schlachtgeld zu behalten, so wäre es zugleich ihre Pflicht gewesen, das zu thun; denn es stehe ihr keineswegs zu, aus Billigkeitsrücksichten auf einen Theil der Staatseinnahmen zu verzichten. Somit spreche dieser Fall allerdings für den Anspruch des Klägers.

Die Beklagte duplicirt: Die von ihr angeführten Mandate hätten noch Gesetzeskraft; und es sei durch dieselben den Hausschlachtern nicht nur der Verkauf von frischem Fleisch, sondern ganz allgemein das Schlachten zum Behuf des Verkaufes verboten. Kläger habe also als Hausschlachter allerdings gesetzwidrig gehandelt. — Die Behauptung des Klägers, alles von ihm geschlachtete Vieh zur Victualisirung von Schiffen verwandt zu haben, sei eine unzulässige mutatio libelli (Veränderung des Klagegrundes), da er klagend die Rückzahlung des Schlachtgeldes aus dem Grunde verlangt, weil er das Vieh nicht in den öffentlichen Schlachthäusern geschlachtet habe. Ueberdies könne ihm diese Behauptung auch nichts nützen, weil allein die Schlachter und Knochenhauer — zu denen die Hausschlachter nicht gehören — berechtigt seien, für das zur Proviantirung eines Schiffes dienende Fleisch das Schlachtgeld zurückzufordern.

Erkannt:

Da die Beklagte nicht bestreitet, daß das Schlachtgeld, dessen Zurückzahlung der Kläger beansprucht, eine Art Miethe für die Benutzung der öffentlichen Schlachthäuser sei, und daß dasselbe bis zu der durch die Bekanntmachung vom 28. Decbr. 1832 veränderten Erhebungsart von den Hausschlachtern niemals bezahlt worden sei,

da durch die Bekanntmachung vom 28. Decbr. 1832 nur eine leichtere und zweckmäßigere Art der Erhebung des Schlachtgeldes eingeführt worden ist, die Natur desselben aber durch diese ohne vorhergegangenen Rath- und Bürgerschluß von dem Senat allein erlassene Verfügung nicht in der Weise abgeändert werden konnte, daß das Schlachtgeld dadurch aus einer für die Benutzung der öffentlichen Schlachthäuser zu entrichtenden und demgemäß nur für das in diesen öffentlichen Schlachthäusern geschlachtete Vieh zu bezahlenden Miethevergütung zu einer förmlichen Abgabe von sämmtlichem in der Stadt geschlachteten Vieh geworden wäre,

da somit der Kläger auch nach der Bekanntmachung vom 28. Decbr. 1832 zu einer definitiven Bezahlung des Schlachtgeldes für das in seinem eigenen Hause geschlachtete Vieh keineswegs verpflichtet war, und die Beklagte das vorläufig erhobene, aber sine causa besessene Schlachtgeld zurückzuzahlen schuldig ist;

da nun aber die Beklagte behauptet, daß die angestellte Klage überall kein Gehör finden dürfe, weil dieselbe auf einer gesetzwidrigen Handlungsweise des Klägers beruhe, die behauptete Gesetz-

widrigkeit des Klägers jedoch nach der eigenen Darstellung der Beklagten nicht etwa darin bestanden haben soll, daß der Kläger behufs Umgehung des Schlachtgeldes das fragliche Vieh anstatt in dem öffentlichen Schlachthause in seinem eigenen Hause geschlachtet habe, sondern darin, daß der Kläger überall zum Behuf des Verkaufs geschlachtet habe, wozu derselbe als Hausschlachter nicht befugt sei,

da jedoch — falls der Kläger wirklich die ihm als Hausschlachter zustehende Befugniß überschritten haben sollte — dies nur die Wirkung haben könnte, daß derselbe abseiten der competenten Behörde in die gesetzlich vorgeschriebene Strafe zu nehmen wäre, nicht aber daß derselbe des ihm an und für sich zustehenden Rechtes auf Zurückforderung des vorläufig verausgabten Schlachtgeldes verlustig würde,

da die Beklagte die von dem Kläger angegebene Zahl des geschlachteten Viehs als richtig anerkennt,

da übrigens der Kläger mit seinem Anspruch nur so weit gehört werden kann, als demselben nicht die Einrede der Verjährung entgegensteht mithin nur bis auf 10 Jahre von der Eingabe des Klägers an die Zoll- und Accise-Deputation rückwärts gerechnet, durch welche unbestrittenermaßen im Jahre 1859 erfolgte Eingabe die Verjährung unterbrochen worden ist,

da endlich die Beklagte, welche die wiederholten außergerichtlichen Anforderungen des Klägers unberücksichtigt gelassen und denselben dadurch zur Anstellung eines gerichtlichen Verfahrens genöthigt hat, demselben auch die Kosten zu erstatten schuldig ist,

daß die Beklagte das in den Jahren 1850—1860 incl. von dem Kläger verausgabte Schlachtgeld mit Ct.ℬ 1860. 8 ß innerhalb 8 Tagen s. p. exc. dem Kläger zurückzuzahlen, demselben auch die Proceßkosten zu erstatten schuldig sei.

Präturen.

No. 6.

Erste Prätur. Prätor: Herr Dr. Poelchau.

Schaaf & Benn (Proc. Hagen) gegen Albertus Ohlendorff (Proc. Eggert).

Kläger verlangen die Bezahlung einer Rechnung von Ct.ℬ 268. für dem Beklagten gelieferte Teppiche und Decken.

Beklagter wendet ein: Er sei durch die Handelskrisis im December 1857 genöthigt worden, sich unter Administration zu stellen, und sei seine Masse später der concursmäßigen Behandlung unterworfen worden. — Im Jahre 1858 sei sodann ein Proclam zur Anmeldung der in Designatione nicht angegebenen Creditoren erlassen, auf welches die Kläger ihre Forderung nicht angemeldet haben.

Die Kläger entgegnen: Dem Beklagten sei die libellirte Forderung bekannt gewesen, sie hätten daher durch Nichtanmeldung auf das Proclam mit derselben nicht präcludirt werden können, da ein Fallit-Proclam nur behufs Ermittelung der nicht bekannten Creditoren erlassen werde. — Ueberdies habe der mit dem Beklagten associirte Bruder desselben ihnen am 3. December 1857 gesagt, daß, wenn auch die beklagtische Firma unter Administration treten würde, die klägerische Forderung dennoch bezahlt werden sollte.

Erkannt am 1. April:

Da der Beklagte ausweise der brevi manu requirirten handelsgerichtlichen Concurs- und niedergerichtlichen Proclamsacten, als alleiniger Inhaber der Firma A. Ohlendorff & Co. derzeit in Administration getreten, seine Masse darnach aber zum Fallitverfahren verwiesen ist;

da die Kläger nicht behaupten, daß sie keine Kenntniß von dem Concursverfahren gehabt haben und wenn sie sagen, daß der Beklagte ihnen am 3. Decbr. 1857 durch seinen Bruder die Bezahlung auch für den Fall habe zusagen lassen, daß sie unter Administration treten würden, und hiemit etwa behauptet sein sollte, daß sie mit dem Beklagten übereingekommen seien, daß ihre Forderung in dem Administrationsverfahren beziehentlich dem Fallitverfahren keine Berücksichtigung finde, sondern ihnen zu voll bezahlt werden solle, die Kläger nur um so gewisser aus jenem vor Eröffnung der concursmäßigen Behandlung der Masse des Beklagten ihnen ertheilten Versprechen Rechte für sich nicht ableiten könnten:

daß unter Hinweisung auf die zu adoptirenden, von dem hochpreislichen Obergerichte in Sachen Hirschel c. Auerbach entwickelten Gründe auf Grund der Einrede des stattgehabten Concurses Kläger mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Proceßkosten abzuweisen seien.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung. Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 15. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 12. April. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Lincke c. Janssen & Schmilinsky. — Obergericht: Dunker c. Burghard. — Präturen: Procurator Dorn c. Apel.

Handelsgericht.

No. 27.

Erste Kammer. Audienz vom 28. Januar 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor. Richter: die Herren Siemssen und Stahmer.

August Lincke (Dr. G. Hertz) gegen Janssen & Schmilinsky (Dr. Banks).

Der Kläger führt aus: Er habe bei den Beklagten im Jahre 1860 ein Dampfboot zum Preise von 5000 ℔ Bco. bestellt; das über die Beschaffenheit und Einrichtung desselben Verabredete sei in der Specification (Anl. 1) zusammengestellt worden. Als der Rumpf und die Maschine fertig waren, sei von den Parteien eine Probefahrt mit dem Boote angestellt, wobei sich die Maschine als genügend bewährt habe und die zugesicherte Schnelligkeit in der Fahrt erreicht worden sei. Ob das Schiff auch hinsichtlich des Tiefganges der Anlage 1, welche denselben auf „18 Zoll, wenn beladen" festsetze, entspreche, habe bei dieser Probefahrt nicht ermittelt werden können, da das Schiff dabei unbeladen gewesen und auch die ganze innere Einrichtung desselben noch gefehlt habe. Eine spätere nochmalige Prüfung des Schiffes sei unterblieben, zumal da der Mitinhaber der beklagtischen Firma, Schmilinsky, dem Kläger ausdrücklich versichert habe, daß die Beklagten sowohl hinsichtlich der inneren Einrichtung, als auch namentlich hinsichtlich des Tiefganges ihre contractlichen Verpflichtungen sorgfältig erfüllen würden. So sei denn das Schiff, von den Beklagten in Kisten verpackt, nach Maracaibo versandt, und dort habe sich herausgestellt, daß es, wenn beladen, nicht 18, sondern 26 Zoll tief gehe und demzufolge für die Flußreisen, zu denen es bestimmt war, nicht verwendet werden könne. Die Beklagten seien deshalb verpflichtet, das Boot zurückzunehmen, und verlangt der Kläger nunmehr, gegen Sicherstellung für Rücklieferung des Dampfboots von seiner Seite, Verurtheilung der Beklagten in die Rückzahlung des Kaufpreises von 5000 ℔ Bco. und außerdem in die Zahlung von 520 ℳ, die für Fracht des Bootes nach Maracaibo und für die dortige Zusammensetzung desselben verausgabt seien.

Die Beklagten wollen es dem richterlichen Ermessen anheimstellen, ob nicht etwa das Handelsgericht in dieser Sache incompetent sei, da es sich hier um den Bau einer nicht zum Waarentransport bestimmten Jolle von nur 36 Fuß Länge handle, in welcher erst später eine Dampfmaschine angebracht worden. — In der

Sache selbst opponiren sie: das Schiff sei hier geliefert, hier empfangen und bezahlt worden. Bei der Probefahrt sei alles Erforderliche, mit alleiniger Ausnahme des Zinkdachs, welches ohne Einfluß auf den Tiefgang sei, in dem Schiffe vorhanden gewesen; es hätten sich ferner dabei in dem nur für 8 Personen bestimmten Boote 7 Personen befunden, und damals habe der Kläger keinerlei Monituren gemacht, vielmehr sich mit dem gelieferten Schiffe einverstanden erklärt. Sie hätten auch keinerlei solche Versprechungen, wie die Klage sie von Schmilinsky behaupte, geleistet. Die jetzige Monitur des Klägers sei demnach durchaus verspätet; überdies sei sie ungegründet: denn der Tiefgang von 26 Zoll sei durch eine Ladung von über 10,000 ℔ entstanden, und auf eine solche sei das Schiff nicht berechnet. Dasselbe sei, wie aus den einzelnen Positionen der Anlage 1 erhelle, nicht für den Waarentransport gebaut; eine solche Bestimmung hätte besonders stipulirt werden müssen: da das nicht geschehen, so hätten sie annehmen müssen, daß das Schiff zum Transporte von Passagieren bestimmt gewesen.

Der Kläger erwidert: Alle in Bezug auf die Handlung erbauten Schiffe — und zu diesen gehöre auch das fragliche — seien der Competenz des Handelsgerichts unterworfen. — Auf die Bedingung des Geschäfts, daß hier geliefert und empfangen werden solle, hätten die Beklagten dadurch verzichtet, daß sie das Schiff verpackt und nach Maracaibo geschickt hätten, ohne es ihm (dem Kläger) fertig vorgesetzt zu haben. Das Boot sei also nicht hier abgenommen, und er komme demnach mit seinen Monituren nicht zu spät; gleich nach der Ankunft des Schiffes in Maracaibo habe sich der Fehler in Betreff des Tiefganges herausgestellt, und es sei dann sofort monirt worden.

Die Beklagten produciren einen von ihnen an den Kläger gerichteten Brief (Anl. A), aus welchem hervorgehe, daß die Lieferung hier am Platze habe erfolgen sollen. Ein Verzicht auf diese Verabredung liege in der Verpackung des Schiffes durch sie keineswegs; die Verpackung sei selbstverständlich von ihnen als Sachverständigen, die Versendung des Schiffes nach Maracaibo aber vom Kläger ausgeführt. Als das Schiff fertig gewesen, habe der Kläger auf die Anzeige davon die Verpackung verlangt und dann ohne Vorbehalt gezahlt; er habe folglich auf alle Monituren verzichtet.

Erkannt:

daß die Einrede der Incompetenz zu verwerfen;

und in der Sache selbst:

da die Beklagten sich dem Kläger gegenüber contractlich zur Lieferung eines Dampfbootes verpflichtet haben, dessen Tiefgang, wenn beladen, 18 Zoll sein sollte, dieselben somit für eine solche, ausdrücklich von ihnen garantirte Eigenschaft ihres eigenen Fabrikates auch dann noch aufzukommen haben würden, wenn der Kläger dasselbe fertig entgegengenommen und den Mangel der gedachten Eigenschaft nicht sofort entdeckt haben sollte;

da übrigens auch weder aus der Probefahrt mit dem selbst nach beklagtischer Darstellung noch nicht fertigen Boote, noch daraus, daß Beklagte dasselbe in Kisten gepackt an das vom Kläger ihnen aufgegebene Schiff abgeliefert haben, eine Approbation desselben gefolgert werden kann;

daß — den Parteien wegen der Folgen einer etwaigen contractwidrigen beklagtischen Lieferung für jetzt Gerechtsame vorbehältlich — vorgängig Kläger schuldig sei, innerhalb 4 Monate nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses salva reprobatione bei Verlust der Beweisführung den Beweis anzutreten:

daß das von den Beklagten gelieferte Dampfboot, ordnungsmäßig beladen, 26 Zoll tief oder doch ein Beträchtliches tiefer gehe als 18 Zoll;

worauf sodann von der Zweiten Kammer dieses Gerichtes, an welche diese Sache hiemittelst ex officio verwiesen wird, weiter erkannt werden soll wie Rechtens.

Auf Appellation von Seiten des Beklagten erkannte das Obergericht am 31. März 1862:

Da die Ablieferung des Dampfbootes zufolge Anl. A hier zu geschehen hatte, und ausweise des Klageantrages hier erfolgt ist, indem derselbe angiebt, daß eine Probefahrt vorgenommen worden

und die Tüchtigkeit der Maschine und die Geschwindigkeit der Bewegung als contractlich ausgewiesen habe, und daß von einer zweiten Probefahrt wegen Feststellung des, bei der ersten Prüfung nicht zu ermittelnden Tiefganges, auf Grund der Zusicherung der Beklagten, abgestanden sei, daß sie ihre contractlichen Verpflichtungen hinsichtlich des Tiefganges auf das Sorgfältigste erfüllen würden;

da sich aus dieser Darstellung der Klage ergiebt, daß der Kläger die, den Beklagten beigemessene, von diesen bestrittene Zusicherung für genügend erachtete, um von einer, dem Empfange vorgängigen weitern Prüfung wegen des Tiefganges abzustehen, und daß er mithin seine Ansprüche nur noch auf diese, von den Beklagten bestrittene Zusicherung begründen kann;

da mit dieser Auffassung auch die rechtliche Lage der Sache im Einklange steht, indem der Kläger hier, am Ablieferungsorte, alle Monituren in Beziehung auf erkennbare Contractwidrigkeiten bei Verlust derselben geltend machen mußte, und, wenn er sich dazu wegen noch nicht vorliegender Vollständigkeit der beklagtischen Leistung noch nicht im Stande glaubte, ausdrückliche Vorbehalte zu stellen hatte, durch welche den Beklagten, falls sie eine, ihnen etwa angesonnene Garantie nicht übernehmen wollten, Veranlassung gegeben sein würde, unter Vervollständigung ihrer Leistung auf Vervollständigung der Approbation zu dringen;

da auch die, mit Genehmigung des Klägers im enballirten Zustande erfolgte Verschiffung des Dampfbootes die Approbation, soweit sie erfolgt war, nicht wirkungslos machen und dem Kläger ein Recht auf weitere Prüfung, die er zuvor hätte vornehmen sollen, nicht vorbehalten konnte;

da aber die Beklagten, wenn sie sich in der von Klägern angegebenen Weise geäußert, dadurch zu erkennen gegeben haben würden, daß die Probefahrt für den Tiefgang nicht entscheidend sein solle und es ihnen, unter Voraussetzung der Entscheidung dieser Zusicherung, oblag, entweder auf abermalige Prüfung zu dringen oder wegen des Tiefgangs verantwortlich zu bleiben:

daß unter Verwerfung des beklagtischen Vorbringens in Beziehung auf die Incompetenz des Handelsgerichts . . . . das handelsgerichtliche Erkenntniß vom 28. Januar d. J. dahin abzuändern:

daß Kläger unter Verurtheilung in die Erstattung sämmtlicher, in erster Instanz erwachsener Kosten, abzuweisen, er könnte und wollte denn, Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, in einem eventuell vom Handelsgerichte sub poena desertionis anzusetzenden Termine beweisen:

daß Beklagte ihm Zusicherungen in dem Sinne gemacht, daß die vorgenommene Probefahrt für die Beurtheilung des contractlichen Tiefganges nicht maßgebend sein solle;

für den Fall der Erbringung dieses Beweises hat die im Erkenntnisse a quo völlig angemessen normirte anderweitige Beweisauflage wiederum in Kraft zu treten.

Die Kosten der Appellations-Instanz werden compensirt.

Obergericht.

No. 13.

In Sachen J. W. Duncker gegen H. Burghard & Co. (cf. No. 16 der Gerichts-Zeitung 1861 Handelsgericht No. 42) hat das Obergericht am 28. März erkannt:

daß unter Verwerfung der beklagtischen Beschwerden auf Grund der ersten klägerischen Beschwerde das angefochtene handelsgerichtliche Erkenntniß vom 8. Juli 1861 aufzuheben und Beklagte schuldig seien:

dem Kläger die eingeklagten Bco℔ 25,000 sammt Zinsen seit dem Klagetage — jedoch vorbehältlich des sogleich zu erwähnenden Abzuges — zu bezahlen;

daß die ferneren nur eventuellen Beschwerden

des Klägers hierdurch für erledigt zu erklären seien;

daß den Beklagten wegen des Betrages, den sie für die geretteten Schiffsbote abzusetzen befugt sein mögen, ihre sämmtlichen Rechte vorbehalten bleiben und dieselben mit ihren desfalsigen weiteren Anträgen an die erste Instanz verwiesen werden.

Die Kosten dieser und der vorigen Instanz aber zu compensiren seien.

Gründe.

Der m. n. Kläger trägt vermittelst seiner ersten Beschwerde auf sofortige Verurtheilung der m. n. Beklagten an; die letzteren fordern in ihrer zweiten Beschwerde eine Erweiterung des dem Kläger auferlegten Beweises dahin:

1. daß das Schiff nicht in Folge des Lecks, sondern in Folge des auf demselben ausgebrochenen Feuers untergegangen sei,
2. daß es nicht auch abgesehen von dem Feuer in Folge der schon vor Ausbruch desselben vorhandenen Umstände untergegangen sein würde.

Diese beiderseitigen Beschwerden sind wegen ihres inneren Zusammenhanges gemeinsam zu prüfen.

Es kommt vor Allem darauf an, die Art und Weise, in welcher der behauptete Totalverlust des „Connaught" herbeigeführt wurde und damit zugleich den Moment der Entstehung des Schadens genau zu bestimmen.

Müßte der klägerische Anspruch darauf gestützt werden, daß der „Connaught" vom Feuer zerstört oder in Folge der durch das Feuer erlittenen Beschädigung gesunken sei, so hätte der Kläger jedenfalls die eine oder andere dieser Thatsachen darzuthun, indem hierzu die beigebrachte Aussage des Schiffers Martin Doane vom Schooner „Lamartine" (Anl. 3 der Klage) nicht genügen würde.

Abgesehen nämlich von dem formellen Bedenken, daß diese Deposition für die Versicherer eines andern Schiffes nicht als Verklarung angesehen werden kann und deshalb der sonst gewöhnlichen Beweiskraft entbehrt, ist auch deren Inhalt für den fraglichen Nachweis nicht ausreichend. Der Schiffer Doane bekundet, daß er ein völlig in Flammen stehendes Schiff habe sinken sehen. Selbstverständlich schließen sich das Verbrennen und Sinken gegenseitig aus. Ist ein Schiff vom Feuer verzehrt, so kann nicht das Schiff, sondern höchstens das noch übrige Wrack sinken; soll ein Schiff als solches durch Sinken verloren gehen, so darf es zuvor vom Feuer nicht zerstört, sondern nur beschädigt sein. Ob der eine oder andere Fall vorliege, ist aus der Angabe des Schiffers Doane nicht zu ersehen. Eben so wenig reicht das bis jetzt Beigebrachte aus, um für den Fall, daß nicht ein Verbrennen, sondern ein Sinken des Schiffes anzunehmen wäre, mit Sicherheit zu bestimmen, ob dieses Sinken Folge des Lecks oder des Feuers gewesen sei. Nähere Nachweisungen hierüber wären daher unter der vorhin erwähnten Voraussetzung unentbehrlich.

Anders verhält sich dagegen die Sache, wenn man davon ausgeht, daß der Verlust des Schiffes schon durch das Verlassen und Preisgeben entstanden sei. Diese auch von dem Handelsgerichte seiner Entscheidung zum Grunde gelegte Ansicht muß für die richtige gehalten werden.

Ein Totalverlust ist vorhanden, sobald ein Gegenstand der Disposition des Eigners ohne weitere Aussicht auf Wiedererlangung entzogen wird. Nach dem Inhalte der Verklarung — Anlage 2 der Klage — hat sich Robert Leith, der Kapitain des Connaught, am 7. Octbr. 1860, Abends 10½ Uhr, genöthigt gesehen, das lecke und vom Feuer bedrohte Schiff seinem Schicksal zu überlassen, indem er sich auf die in der Nähe befindliche Brigg „Minnie Schiffer" rettete und in der Nacht vom 7—8. Octbr., 2½ Uhr, das verlassene völlig in Flammen stehende Schiff aus den Augen verlor.

Von diesem Augenblicke an hing es von reinem Zufall ab, ob jemals über das fernere Schicksal des verlassenen Schiffes etwas Bestimmtes zu erkunden sein würde. In dem Momente also, in welchem der Capitain sich durch die Noth gezwungen sah, mitten auf dem Ocean das Schiff Preis zu geben, konnte verständiger Weise von einer Aussicht auf Wiedererlangung nicht weiter die Rede sein, mithin muß auch der Verlust als ein in diesem Momente wirklich eingetretener gelten.

Für die Entscheidung dieses Rechtsstreites kommt es mithin darauf an, aus welchem Grunde der Connaught verlassen wurde. Nach der Verklarung

— Anlage 2 der Klage — muß das Feuer als die unmittelbar wirkende Ursache angesehen werden.

Mochte auch aus dem Seeunfalle Gefahr drohen und es wegen des Lecks zweifelhaft erscheinen, ob der Connaugh seinen Bestimmungsort glücklich erreichen werde, so hatte doch diese Gefahr zu jener Zeit auf keinen Fall einen solchen Höhegrad erreicht, daß ihretwegen ein Verlassen des Schiffes schon damals gerechtfertigt gewesen wäre. Es darf mithin hierin das ausschließliche oder vorherrschende Motiv des Capitains um so weniger gefunden werden, als der letztere zu einer Zeit, wo an den Pumpen nicht mehr gearbeitet werden konnte und das Feuer bereits überhand genommen hatte, noch länger auf dem Schiffe zu verweilen entschlossen war und an der Ausführung dieses Entschlusses nur dadurch verhindert wurde, daß ihn das sich über das ganze Schiff verbreitende Feuer vertrieb und zur Entfernung nöthigte. Unter diesen Umständen kann es nicht füglich Gegenstand eines Zweifels sein, daß der Capitain, insoweit er auf den Leck und dessen mögliche Folgen Rücksicht zu nehmen hatte, das Schiff, wenn überhaupt, jedenfalls nicht zu jener, sondern erst zu einer späteren Zeit und an einem anderen Orte verlassen haben würde.

Auf Grund der Verklarung — deren Inhalt vorläufig als richtig angenommen — muß daher die bekundete Preisgebung und der darin enthaltene Verlust des Schiffes dem ausgebrochenen Feuer beigemessen und hierin die nächste Ursache des Schadens gefunden werden.

Die fernere Frage ist, ob der bisher besprochene Thatbestand zur Begründung des klägerischen Anspruchs genüge, oder ob außerdem die im Eingange sub 1 und 2 erwähnten Thatsachen vom Kläger zu beweisen seien, wie dies die Beklagten rücksichtlich der Thatsache sub 2 in Uebereinstimmung mit dem Handelsgerichte verlangten. Indeß läßt sich dieser Ansicht aus nachstehenden Gründen nicht beipflichten.

Die Thatsache sub 1:

> daß das Schiff nicht in Folge des Lecks, sondern des Feuers untergegangen sei,

wäre, wie bereits erwähnt, allerdings in dem Falle von dem Kläger darzuthun, wenn die Klage nur durch diesen Untergang — Verbrennen, eventuell Sinken in Folge des Feuers — begründet werden könnte. Bei der Auffassung dagegen, wonach der Verlust durch das Verlassen und Preisgeben des Schiffs entstanden ist, erscheinen die Angaben über das spätere Schicksal des Schiffs nicht als Klaggrund, sondern haben eine hiervon durchaus verschiedene Bedeutung. Auch dann nämlich, wenn ein Gegenstand der Disposition des Eigners ohne Aussicht auf Wiedererlangung entzogen ist, kann der eingetretene Verlust durch zufällige Ereignisse wieder beseitigt werden. Es ist daher nicht ohne Bedeutung, ob und welche Nachrichten über das weitere Geschick des verlorenen Gegenstandes etwa eingegangen sind. Fehlt es an jeder derartigen Kunde, so ist die Sache von selbst erledigt. Im entgegengesetzten Falle wird es auf den Inhalt und die Glaubwürdigkeit der eingehenden Nachricht ankommen. Wird dadurch eine wahrscheinliche Aussicht auf Wiedererlangung eröffnet, so ist der Erfolg der vielleicht noch vorzunehmenden Maßregeln abzuwarten. Lautet die Nachricht dahin, daß der fragliche Gegenstand nach dem Verluste gänzlich zerstört oder gesunken sei, so wird diese Kunde, wenn man sie für glaubwürdig hält, jeden Gedanken, zur Wiedererlangung noch einen Versuch zu wagen, für immer beseitigen; schenkt man dagegen der Nachricht keinen Glauben, so bleibt sie unbeachtet und das Resultat ist mithin dasselbe, als wenn es an jeder weiteren Kunde fehlt.

In dieser Weise muß daher auch die rein dem Zufall zu verdankende Nachricht des Schiffers Doane — Anl. 3 der Klage — beurtheilt werden. Selbst bei dem gänzlichen Mangel dieser Kunde wäre dem Versicherten dennoch ein Totalschaden zu vergüten, obschon es denkbar bliebe, daß der Rumpf des Schiffes noch auf dem Oceane umhertreibe. Dasselbe muß gelten, wenn man die eingegangene Nachricht nicht auf den Connaught beziehen und insofern deren Richtigkeit bestreiten will, indem der Anspruch des Klägers in gleicher Weise begründet bleibt, mag der Inhalt der Nachricht wahr oder unwahr sein.

Die Thatsache sub 1 betrifft hiernach nicht die Entstehung des Verlustes, sondern es handelt sich

dabei um Mittheilung von Nachrichten, welche nur für die Hoffnung auf mögliche Wiedererlangung des bereits Verlornen Bedeutung haben.

Ebensowenig kann von dem Kläger die sub 2 erwähnte Nachweisung verlangt werden:

daß der Connaught nicht, auch abgesehen von dem Feuer, in Folge der schon vor Ausbruch desselben vorhandenen Umstände untergegangen sein würde.

Der Versicherte hat immer nur anzugeben und nöthigenfalls darzuthun, in welcher Weise der versicherte Gegenstand für ihn wirklich verloren ging und durch welchen Unfall dieser Verlust verursacht wurde. Nach der obigen Erörterung ist dies durch die Behauptung geschehen, daß der Capitain das Schiff seinem Schicksal überlassen mußte und zu diesem Entschlusse durch das ausgebrochene Feuer bestimmt wurde. Daneben bleibt es allerdings möglich, es kann wahrscheinlich, selbst erweislich sein, daß ohne die rasche Wirkung eines späteren Unfalls der Gegenstand in Folge eines schon früher entstandenen, aber nur allmählig wirkenden Unfalls verloren gegangen sein würde. Läßt sich dies überhaupt für relevant erachten, so ist es doch in keinem Falle Sache des Klägers, Behuf Begründung seines Anspruchs die gegentheilige Behauptung aufzustellen, vielmehr würde es immer den Beklagten obliegen, Behuf ihrer Vertheidigung die erforderlichen Thatsachen vorzutragen.

Hierzu sind jedoch die Beklagten nicht im Stande gewesen. Dieselben haben ihrerseits keine thatsächliche Behauptung aufgestellt, sondern wiederholt bemerkt, daß sie lediglich auf Grund der klägerischen Angaben, deren Richtigkeit sie dahingestellt sein lassen, ihre Deductionen vortragen wollen. Es darf daher, weil ohne eigene, selbstständige Behauptungen der betreffenden Partei eine Beweisauflage nicht erfolgen kann, von einer weiteren Erörterung der angeregten, mannigfach bestrittenen Rechtsfrage abgesehen werden.

Außerdem wiederholen die Beklagten in ihrer ersten Beschwerde den schon in der vorigen Instanz gestellten Antrag auf Verwerfung der Klage in der angebrachten Maße, weil es feststehe, daß der Connaught auch durch einen Seeunfall beschädigt sei und daher der Kläger nicht die Vergütung eines Totalverlustes, sondern nur Ersatz des durch das Feuer entstandenen Schadens zu fordern berechtigt sei. Indeß erscheint auch diese Beschwerde unbegründet.

Wenn ein versicherter Gegenstand durch einen Unfall beschädigt wird, hinterher aber in Folge eines andern Unfalls völlig verloren geht, so ist dieser letztere Verlust immer ein Totalverlust, obschon der Gegenstand durch die frühere Beschädigung eine Werthverminderung erlitten hatte. Es ist daher in solchem Falle nicht die Geltendmachung eines Ersatzes für Totalverlust unstatthaft, sondern es fragt sich nur, ob der Versicherte sich wegen der Werthverminderung einen Abzug gefallen zu lassen habe. Mag diese Frage unter Umständen nach allgemeinen Grundsätzen zu bejahen sein, so versteht es sich doch von selbst, daß der Versicherer, welcher einen derartigen Abzug machen will, seinerseits den Betrag desselben angeben und näher specificiren muß, weil es sich dabei gegenüber der auf den Totalverlust gestützten und dadurch zunächst begründeten Klage immer nur um eine Einrede des Versicherers handeln würde.

Wenn im vorliegenden Falle der Connaught in dem Augenblicke, wo die Mannschaft denselben verließ und der Totalverlust eintrat, bereits durch einen die Beklagten nicht berührenden Seeunfall beschädigt war, so hatte der Kläger, dem ersten Versicherten gegenüber, weder ein Interesse, noch Befugniß und Mittel, hier weiter zu unterscheiden; der Ersatz, den er leistete, stellt sich mithin als Vergütung eines durch Feuer entstandenen Totalverlustes dar. Den Beklagten fehlt es für eine solche Unterscheidung freilich nicht an einem Interesse, wohl aber ist für sie, wie für den Kläger die Unmöglichkeit vorhanden, die dem Totalverluste vorangegangene Beschädigung irgend näher anzugeben und in Gelde zu veranschlagen. Die Folge kann nicht sein, daß die begründete Klage zurückgewiesen wird, sondern daß eine Einrede unbeachtet bleiben muß, welche in der Art, wie sie an sich rechtlich möglich wäre, weder vorgeschützt, noch genügend substantiirt ist.

Bei den bisherigen Erörterungen ist der Inhalt

der Verklarung einstweilen als richtig vorausgesetzt. Es bleibt demnach zu erwägen, ob in dieser Hinsicht noch ein Beweis erforderlich sei. Dies muß verneint werden.

Hierfür ist entscheidend, daß es sich um eine Rückversicherung handelt und daß die Beklagten als Rückversicherer sich in der betreffenden Police verpflichten, im Schadensfalle dasselbe zu bezahlen,

„was die klagende Gesellschaft für Feuerschäden nach den Bedingungen des Allgemeinen revidirten Planes Hamburgischer Seeversicherungen und nach den hiesigen Usancen gesetzmäßig bezahlt hat.“

Die producirte Verklarung giebt nun weder ihrem Inhalt noch ihrer Form nach zu besondern Bedenken Veranlassung. Indem also der Versicherer auf Grund derselben einen durch Feuerschaden verursachten Totalverlust als erwiesen annahm, indem er ferner in Folge der sonstigen Nachrichten — Anl. 3 der Klage — eine Wiedererlangung des verlorenen Schiffes als unmöglich ansah, indem er demgemäß die Befriedigung des Versicherten nicht weiter beanstandete, handelte er nur der löblichen, im kaufmännischen Verkehr geltenden Gewohnheit gemäß, welche es verbietet, ohne ersichtlichen practischen Zweck und Erfolg rein formelle Schwierigkeiten zu erheben. Der Rückversicherer hat seinerseits eine derartige Handlungsweise von Anfang an gutgeheißen und muß mithin deren Folgen gegen sich gelten lassen.

Aus vorstehenden Gründen waren die Beschwerden der Beklagten zu verwerfen und die Letzteren der klägerischen Hauptbeschwerde gemäß zu verurtheilen, wodurch die übrigen, nur eventuellen Beschwerden des Klägers ihre Erledigung finden.

In Bezug auf den nur ganz beiläufig in erster Instanz zur Sprache gebrachten Abzug, den die Beklagten wegen der geretteten Schiffsbote zu machen berechtigt sein möchten, konnten denselben für jetzt nur ihre Befugnisse zur weiteren Ausführung in erster Instanz vorbehalten werden.

Prätoren.

No. 7.

Erste Prätur. Prätor: Herr Dr. Poelchau.

Proc. Dorn m. n. J. C. Krüger in Groß-Rogahn gegen H. Apel (Dr. S. Israel.)

Der Beklagte, ein sich hier aufhaltender Fremder, ist durch ein Erkenntniß der zweiten Prätur im Jahre 1861 verurtheilt worden, dem Kläger 158 ℛ︁ für Alimente und Crt℔ 69. 10 ß Kosten zu bezahlen und hat in Folge dessen am 3. August 1861 hierselbst seine Insolvenz erklärt.

Nach Beendigung des Concurses nimmt jetzt Kläger den Beklagten auf's Neue wegen obiger Forderung in Anspruch.

Beklagter wendet ein: Wenn er auch als Fremder „die Rechtswohlthat der Güterabtretung und des fünfjährigen Nachmahnungsrechtes nicht genieße“, so könne man von ihm doch nur die Ableistung des in Art. 105 der Falliten-Ordnung vorgeschriebenen Nachmahnungs-Eides verlangen, zu welchem er sich erbiete.

Kläger entgegnet: Die in der Hamburgischen Falliten-Ordnung rücksichtlich des Nachmahnungsrechtes und des demgemäß von Falliten zu leistenden Eides getroffenen Bestimmungen seien nicht auf hierselbst in Concurs gerathene Fremde zu beziehen, die letzteren seien vielmehr nach Beendigung des Concurses auf Grund der nicht befriedigten Forderungen ihrer Creditoren sofort wieder in Anspruch zu nehmen.

Erkannt am 25. März 1862:

Da nach der Bestimmung des Rathsconclusi vom 13. Decbr. 1816 (N. F. O. p. 135) den hierselbst in Concurs gerathenen Fremden „weder die Entfreiung von ihren Schulden, noch die besonderen Verfügungen des hiesigen Nachmahnungsrechtes zu Theil werden, daher denn auch der die Nachmahnung betreffende Zusatz des 8. Additionalartikels zum Manifestations-Eide bei Fremden nicht zulässig sein soll“;

da demgemäß und nach constanter Prätурpraxis den dem hiesigen Staate nicht angehörigen Falliten — in welcher Lage der Beklagte sich befindet — der Manifestations-Eid nur mit jener Auslassung abgenommen wird, auch demzufolge in dem Classificationsс-Erkenntniß den Gläubigern des Beklagten alle Rechte reservirt wurden;

da, wenn sonach der Beklagte auf das specifische, durch die Gesetzgebung von 1753 und 1772 angeordnete Hamburgische Nachmahnungsrecht sich nicht berufen kann, für die Frage, welche Wirkung sein nunmehr beendeter Concurs der jetzigen Klage seines in diesem völlig unbefriedigten Gläubigers gegenüber zu äußern vermag, bei dem Schweigen der obgedachten Gesetzgebung über diese Frage, die der Neuen Falliten-Ordnung präexistenten topischen Rechte zur Anwendung gelangen, indem nämlich durch die gedachte spätere Gesetzgebung ein Recurriren auf jene frühere nicht ausgeschlossen erscheint,

cf. Obergerichtliches Erkenntniß vom 3. Febr. 1860 in Sachen Dr. Loehr m. n. contra Dr. Stockfleth und E. Hagedorn als Executores*);

da nun aber der Artikel 13 der Hamburger Banquerottier-Ordnung von 1647 die fortdauernde und unbeschränkte Haftung des Falliten verordnet und das Forderungsrecht des Gläubigers nach beendetem Concurse — soweit er durch denselben nicht befriedigt wurde — seinem ganzen Umfange nach gegen Person und Güter des Schuldners wieder aufleben läßt;

da auch, falls für die in Rede stehende Frage nicht jene ältere topische Gesetzgebung, sondern das gemeine Recht zur Anwendung gelangen müßte, die Entscheidung dieselbe sein würde, indem nämlich das gemeine Recht die gleiche Berechtigung dem in Verlust gerathenen Gläubiger einräumt und nur den schuldlosen Falliten, beziehentlich denjenigen Falliten, welcher das beneficium cessionis bonorum erlangte, dahin milder behandelt, daß es die Nachforderungsklage von dem Dasein eines neuen acquestus abhängig macht und dem Schuldner das beneficium competentiae einräumt,

§ 40. J. de actionibus, 4. 6;
l. 3. Cod. de bonis auct. jud. poss. 7. 72;
R. P.-O. von 1577 Art. XXIII;
Sintenis, Civilrecht (1. Aufl.) § 91 sub B. Band II. p. 160 Note 33;
Schweppe, Concurs. § 87;
Seuffert, Archiv I. No. 149;
Erktniß. des O.-A.-G. zu Lübeck in Sachen Warburg c. Sauderjacob Samml. II. 54 p. 491 sub 2;

da der Beklagte als „leichtsinnig" classificirt worden und demnach des beneficii cessionis bonorum nicht theilhaftig ist;

cf. Bayer, Concursproceß § 17 Note 4;

da, wenn der Beklagte durch sein Erbieten zum Nachmahnungseide das beneficium competentiae für sich sollte haben geltend machen wollen, ihm diese Rechtswohlthat aus dem vorangegebenen Grunde nicht zur Seite stehen würde:

daß der Beklagte die libellirten Beträge von 158 ℛ︎ und Crt.ℳ︎ 69. 10 β mit den Proceßkosten dem Kläger in acht Tagen s. p. executionis zu bezahlen schuldig sei.

---

*) Siehe No. 20 und 21 der Gerichts-Zeitung 1861.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung. Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 16. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 19. April. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Wex c. Sauber Gebr. — Rée c. Suse & Schnars. — Obergericht: Dr. Wex c. Liefmann Söhne. — Dr. Hertz c. Leinau Söhne. — Präturen: Dieselborf c. Waitz.

Handelsgericht.

No. 28.

Erste Kammer. Audienz vom 31. März 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht. Richter: die Herren Blume und Stahmer.

Dr. Wex m. n. Capt. J. Cleet vom englischen Schiffe Thomasine, gegen Sauber Gebrüder (Dr. Wolffson).

Der Kläger verlangt Bco.ℳ 205. 15 ß als noch nicht bezahlten Rest seiner Frachtforderung an die Beklagten, welche laut Rechnung (Anl. 1), Charteparte (Anl. 2) und Connossement (Anl. 3) im Ganzen Bco.ℳ 2807. 5 ß betragen habe.

Die Beklagten wenden ein: Es handle sich um eine Differenz in der Berechnung der Fracht. Laut der Chartepartie *) sollten 9 £ 10 sh. per ausgelieferten Keel Kohlen von 10⅝ Hamburger Last, und 14 sh. 6 d per ausgelieferte Last Cokes bezahlt werden; die Bemerkung „equal to one ton" sei nur zum bessern Verständniß für den Schiffer hinzugefügt. Es seien nun, unter Assistenz des Capitains, 217⅛ Hamburger Last Cokes ausgemessen, und für diese hätten sie die Fracht mit 14 sh. 6 d per Last bezahlt; der Capitain verlange aber die Fracht für die laut Connossement eingenommenen 248¹²⁄₂₀ Tons mit 14 sh. 6 d per Ton. Dies Verlangen sei jedoch ungerechtfertigt, da das Connossement das eingenommene Gewicht angebe, nach der Chartepartie dagegen die Fracht nach dem ausgelieferten Maße bezahlt werden solle.

Der Kläger entgegnet: Als der Capitain hier angekommen, habe er sofort, und ehe etwas wegen der Abnahme der Ladung geschehen, die Beklagten benachrichtigt, daß die Cokes eingewogen seien und daß er daher darauf bestehen müsse, daß sie auch ausgewogen würden. Die Beklagten hätten sich nicht darauf einlassen wollen, und der Capitain darauf erklärt, er wolle sich das Ausmessen nicht gefallen lassen. Als demnach von Seiten der Beklagten die Kohlen ausgemessen worden, habe er seinerseits dieselben gewogen und darnach 265 Tons 15 Ctw. abgeliefert; obgleich nun dieses Gewicht bis auf weiteres als richtig anzunehmen sein würde, verlange er doch nur Fracht für eingenommene 248 Tons 12 Ctw. — In der Chartepartie heiße es deutlich, daß eine Hamburger Last angesehen werden solle als equal to one ton; also könne er die

*) Der betreffende Passus lautet: „Deliver the same to the Freighters or their Assigns, on being paid Freight at the rate of 9 £ 10 sh. per Keel of 10⅝ Hambg. Lasts delivered of Coals and 14 sh. 6 d per Hambg. Lasts, equal to one Ton, delivered of Coke."

Fracht mit 14 sh. 6 d per Ton (= einer Hamburger Last) verlangen. Die Ausmessung der Beklagten, deren Richtigkeit er nicht kenne und auch bisher nicht anerkannt habe, sei für die Berechnung der Fracht gleichgültig.

Die Beklagten erwidern: Das Resultat der Wägung von Seiten des Klägers könnten sie nicht anerkennen. Der Kläger stelle nicht in Abrede, daß die Fracht für die Kohlen nach dem ausgelieferten Maße bezahlt werden solle, und es sei daher unbegreiflich, wie er sich der gleichen Auffassung für den Passus über die Cokes widersetzen könne. Es sei sehr unwahrscheinlich, daß man hier in Hamburg, statt nach dem hier üblichen Maße, nach englischem Gewichte habe liefern wollen, zumal da es hier Usance sei, daß Cokes gemessen und nach Hamburger Last geliefert würden. Die Messung sei übrigens unter der Aufsicht des Capitains geschehen.

Erkannt:

Da die Parteien darüber einverstanden sind, daß in der vorliegenden Sache es sich nur noch darum handelt, ob für denjenigen Theil der von dem klägerischen Capitain hierher gebrachten Ladung, welcher aus Cokes bestand, die Fracht per Hamburger Last oder per englische Ton mit 14 sh. 6 d zu bezahlen ist;

da nun in der Charteпartie, Anl. 2, auf welche das Connossement, Anl. 3, hinsichtlich der Frachtzahlung Bezug nimmt, die Fracht auf 14 sh. 6 d „per Hambg. Last, equal to one ton, delivered of coke“ bestimmt ist, hieraus aber sich einerseits ergiebt, daß der angegebene Frachtsatz für jede ausgelieferte Hamburgische Last bezahlt werden sollte, andrerseits aber auch die Worte „equal to one ton“ doch nicht als ganz bedeutungslos betrachtet werden können, ihnen vielmehr die Bedeutung beizulegen ist, daß die Ablader dem Capitain die Zusicherung haben ertheilen wollen, daß die Hamburgische Last Cokes, oder doch jedenfalls die Hamburgische Last der von ihnen zur Verladung bestimmten Sorte Cokes das Gewicht einer englischen Ton haben werde, und der Capitain daher darauf rechnen könne, daß er ebensoviel Fracht verdienen würde, als wenn ihm 14 sh. 6 d für jede ausgelieferte englische Ton zugesichert wäre;

da auch die eigne Darstellung der Beklagten, nach welcher der in Rede stehende Zusatz „zum Verständniß für den Capitain hinzugefügt sei“, in Rücksicht darauf, daß die Hamburgische Last ein Maaß, die englische Ton ein Gewicht bedeutet, im Wesentlichen zu demselben Ergebniß, wie die obige Auffassung, führen muß;

da nun aber nach dieser Auffassung die Cokes zur Bestimmung der dem Capitain für dieselben zukommenden Fracht bei der Entlöschung zunächst nach hiesigem Maaß zu messen waren, und der Capitain, wenn er sich bei der von den Beklagten vorgenommenen Messung nicht betheiligt hat, entweder die Angabe der Beklagten über das Ergebniß dieser Messung gelten lassen, oder den Beweis übernehmen muß, daß er mehr an Maaß, als Beklagte angeben, ausgeliefert habe;

da ferner auch der Capitain, wenn er die ihm in der Charteпartie hinsichtlich des Gewichts der Cokes ertheilte Zusicherung gegen die Beklagten geltend machen wollte, in Folge der Weigerung der letzteren, dieses Gewicht gemeinschaftlich mit ihm festzustellen, dasselbe in gehöriger Weise, also durch unpartheiische Sachverständige, constatiren lassen mußte, und die Unterlassung solcher Constatirung dahin führen muß, daß ihn auch in dieser Beziehung die Beweispflicht trifft,

daß mand. noie. Kläger zu beweisen habe:

daß die von dem klägerischen Schiff an die Beklagten gelieferten Cokes bei der Löschung derselben

entweder an Maaß 248⅚ Hamburger Last, oder doch mehr, und wie viel mehr als 217½ Hamburger Last,

oder an Gewicht 248⅚ englische Tons oder doch mehr als 217½ englische Tons betragen haben.

Es hat mand. noie. Kläger diese Beweise innerhalb 8 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses, und zwar bei Strafe des Beweisverlustes, anzutreten, und wird den Beklagten sowohl der directe Gegenbeweis, als auch dem ersten der beiden obigen Beweise gegenüber der indirecte Gegenbeweis dahin vorbehalten:

daß bei der Löschung der in Rede stehenden Cokes dieselben von ihnen und dem kläge-

rischen Mandanten oder dessen Leuten gemeinschaftlich gemessen seien und von klägerischer Seite die Zahl von 217½ Hambg. Last als das Ergebniß dieser Messung anerkannt sei.

No. 29.

Zweite Kammer. Audienz vom 12. April 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Krogmann und Siemssen.
J. Ph. Rée (Dr. G. Hertz) gegen Suse & Schnars (Dr. Heinsen).

Rée klagt auf Bezahlung von Rb℘ 400 als den Betrag, welchen er dem Capitain Balk vom Schiffe „De jonge Ankje" für Liegegelder habe vergüten müssen, weil die Beladung dieses Schiffes, welches er zur Abnahme von 45, von den Beklagten ab St. Petersburg zu liefernder Last Roggen gestellt habe, von Seiten des Abladers der Letzteren, Offlannikoff, contractwidrig verzögert worden sei.

Die Beklagten entgegnen: Der Schlußnota zufolge sei „disponibel im Juli alten Styles" verkauft worden. Diese Zusage sei erfüllt, wenn bis spätestens ultimo Juli geliefert werde. Der Ablader sei nun aber am 30. Juli zur Lieferung bereit gewesen, und somit die Lieferungszeit eingehalten. Daß Lieferung am letzten Tage rechtzeitig sei, sei sowohl von den Gerichten anerkannt, O.-A.-G. in S. Holtermann & Köpke c. Weil; Dr. Hertz c. Schuldt; H.-G. Marty c. Merck v. 1847; Lorentzen c. Cordes & Gronemeyer; Suse c. Graham & Bowden 1857, als auch ausweise Makler-Attests entschiedene Usance an hiesiger Börse. Auch stimme Kläger selbst ausweise eines Briefes vom 12. August 1861 mit dieser Auffassung überein. — Der Ablader sei ferner nicht in moram versetzt, denn derselbe sei nicht ultimo Juli zur Lieferung aufgefordert worden. Der am 20. Juli von dem Vertreter des Klägers, Lembcke, erhobene Protest sei irrelevant, weil verfrüht; und ebenso die vom Capitain an den Ablader ergangene Aufforderung vom 13. Juli, sowie dessen Protest, da die Beklagten mit dem Capitain überhaupt nichts zu thun hatten. — Der Klage stehe ferner die Einrede des Verzichts entgegen, weil Kläger den Auslieferungsschein (Anlage H) ohne Vorbehalt acceptirt habe, woraus sich auch ergebe, daß derselbe die Fassung des letzteren und der Schlußnota für gleichbedeutend gehalten habe*). Er opponire ferner die Einrede der abgemachten Sache, da der Auslieferungsschein pure quittirt worden sei. Endlich stehe den Klägern die Einrede der eigenen Schuld entgegen, da die Beladung durch Schuld des klägerischen Empfängers verzögert worden sei.

Der Kläger replicirt: Die gegnerische Auslegung der Schlußnota sei unrichtig und berufe er sich dafür auf das Erk. des H.-G. in Sachen Suse & Schnars c. A. Herz vom 2. October v. J.**) Der Protest des klägerischen Empfängers vom 20. Juli sei daher kein verfrühter und Beklagter von da in mora. Es komme aber darauf auch gar nicht an, da die Beklagten einräumten, daß sie bis ultimo Juli hätten an Bord liefern müssen, und da dies in Wirklichkeit erst am 12., resp. am 18. August geschehen sei. Die Quittung des Auslieferungsscheins präjudicire dem Kläger nicht, da dieselbe mit dem jetzt geltend gemachten Anspruch nicht in Widerspruch stehe und ferner durch Vorenthaltung der dem Schiffe nöthigen Papiere erzwungen worden sei. — Die Einrede der eigenen Schuld sei unsubstantiirt und werde bestritten. Sie widerlege sich schon dadurch, daß die (vom Ablader zu prästirende) Lieferung an Schiffsseite erst am 12. August geschehen sei. Die Expedirung sei auch dann noch durch Schuld des Abladers bis zum 18. August verzögert worden.

Erkannt:

Da nach den Bedingungen der vorliegenden Schlußnota Verkäufer verpflichtet waren, die verkauften 45 Last Roggen vom 1. Juli a. St. 1861 an disponibel zu halten, wie das vom Handelsgerichte im Erkenntnisse in Sachen der jetzigen Beklagten als Kläger gegen Aug. Herz am 2. October 1861 ausgesprochen worden ist;

da die von den Beklagten in Bezug genommenen Präjudicate solcher Auffassung auch durchaus

---

*) Der betreffende Passus des vom 28. Juni 1861 datirenden Auslieferungsscheins lautet: „Mit Gegenwärtigem ersuchen wir Sie, an die Ordre des Herrn J. Ph. Rée hieselbst verabfolgen zu lassen 720 Tschet, wert gedarrten Roggen, disponible und abzunehmen spätestens ultimo Juli a. St."

**) cf. No. 27 der „Gerichtszeitung," Handelsger. No. 74.

nicht widersprechen, indem, abgesehen von der Sache Lorentzen c. Cordes & Gronemeyer (II. K. 1856), für welche sich weder aus dem Erkenntnisse, noch aus dem Protokolle der genaue Wortlaut der damals fraglichen Bedingung entnehmen läßt, die Erkenntnisse in Sachen Holtermann & Köpcke c. Weill, Dr. Hertz c. Schuldt und H. Marty & Co. c. H. J. Merck & Co. die rechtliche Bedeutung einer ganz anderen Bedingung, nämlich der „im October (resp. September) zu liefern“ erörtern, während in Sachen Suse & Co. c. Graham & Bowden (zweite Kammer 1857) die als höchst unpräcise bezeichnete Fassung der Schlußnota dahin ging, daß die Waare sein solle „disponibel im Juni und abzunehmen bis Ende Juli“ und für diesen Fall das Gericht ex aequo et bono dahin entschieden, daß der Monat Juni zu Gunsten der Verkäufer, der Monat Juli aber zu Gunsten der Käufer zu rechnen sei;

da auch das producirte Attest der Makler keine Berücksichtigung in Anspruch nehmen kann, weil dasselbe sich auf eine Einigkeit aller Geschäftsleute der Hamburgischen Getraidebörse beruft, die angesichts der Sachen Suse & Co. c. Graham & Bowden, der jetzigen Beklagten als Kläger c. H. A. Hellmrich aus der vorliegenden Proceßsache offenbar nicht existirt;

da auch nicht davon die Rede sein kann, daß der Kläger für den vorliegenden Fall in die beklagtische Auffassung der Bedingung consentirt habe, indem das klägerische Schreiben vom 12. August 1861, in welchem ausdrücklich wegen der verzögerten Lieferung Gerechtsame reservirt worden, einen solchen Consens ersichtlich nicht enthält, aus der Annahme des Auslieferungsscheines aber ein solcher schon deshalb nicht gefolgert werden kann, weil in ihm am 28. Juni 1861 n. St. die abzuliefernde Waare als schon disponibel bezeichnet ist;

da endlich den klägerischerseits geltend gemachten Schadensansprüchen wegen verzögerter Lieferung die auf dem Auslieferungsscheine befindliche Quittung über das gelieferte Quantum nicht entgegensteht, indem in derselben ein Verzicht um so weniger gefunden werden kann, als Kläger sich seine betreffenden Rechte noch am 12. August 1861 ausdrücklich vorbehalten hat;

da nun nach der richtigen Auffassung der Bedingung in der Schlußnota der Kläger völlig berechtigt war, vorauszusetzen, daß die Waare vom 1. Juli a. St. an zur Abnahme bereit liege, und da somit die von ihm abgeschlossene Chartepartie völlig gerechtfertigt erscheint, zumal da die Höhe des dem Schiffer zugesagten Ueberliegegeldes mit 25 ß R. M. per Tag keineswegs das übliche Maaß überschreitet;

da aber der Meldung des Schiffers beim Ablader Offlaunikoff am 13. Juli a. St. und seinem Proteste am 20. Juli, weil dem Verkäufer die Verladung nicht überlassen, sondern der Käufer durch seinen Stellvertreter Lembcke an Ort und Stelle empfing, kein rechtlicher Werth beigemessen werden kann, der Ablader vielmehr erst am 20. Juli a. St. durch den vom Empfänger gegen ihn erhobenen Protest in moram versetzt wurde;

da die Beklagten nun behaupten, daß schon am 30. Juli a. St. geliefert worden und daß die Verzögerung der Beendigung der Verladung bis zum 12. August a. St. Schuld des Schiffers und des Empfängers gewesen sei;

da somit Beklagte vorläufig nur Ersatz für zehn Ueberliegetage (vom 20. bis 30. Juli a. St.) zu leisten haben werden, über die Mehrforderung des Klägers aber erst dann entschieden werden kann, nachdem auf dem Wege des Beweisverfahrens festgestellt sein wird, daß, was Kläger bestreitet, in der That schon am 30. Juli a. St. die Waare vom Ablader mit dem nöthigen Hülfspersonal zum Messen und Ueberladen an die Seite des Schiffes gestellt war und daß die Beladung, trotz Aufwendung gehöriger Diligenz abseiten des Abladers, wegen Schuld des Schiffers oder Empfängers bis zum 12. August a. St. verzögert wurde;

da endlich aber auch den Beklagten noch die 6 Tage vom 12. bis zum 18. August zur Last zu bringen sein würden, wenn des Klägers und des Schiffers Behauptung wahr sein sollte, daß der Ablader während solcher Zeit des Schiffers Papiere gesperrt und die Zeichnung der Connossemente verweigert hat, weil dieser in denselben

einen völlig gerechtfertigten Vorbehalt wegen der entstandenen Ueberliegetage aufnehmen wollte:

daß Beklagte schuldig seien, gegen klägerische Bestellung einer Caution für die Kosten zur Summe von Bco.℔ 100., dem Kläger für 10 Ueberliegetage die Summe von 250 ℔ R.M. sammt Zinsen vom Klagetage an innerhalb 8 Tage sub poena execut. zu bezahlen, in Entstehung der Cautionsbestellung aber den Betrag von Bco.℔ 100. ad depositum judiciale zu bringen und den Rest zu bezahlen, und puncto der dann noch in lite verbleibenden 250 ℔ R. M.:

daß Beklagte schuldig seien zu beweisen:

1) daß der Ablader Ossiannikoff die fraglichen 45 Last Roggen am 30. Juli a. St. 1861 mit dem nöthigen Hülfspersonal zum Messen und Ueberladen an die Seite des Schiffes de jonge Antje gestellt habe;

2) daß die Beendigung der Ueberladung wegen Schiffers oder Empfängers nicht vor dem 12. August a. St. habe beschafft werden können;

daß Kläger aber schuldig zu beweisen:

daß der Ablader Ossiannikoff dem Capitain Valk bis zum 18. August a. St. die Zeichnung der Connossemente verweigerte oder demselben seine Schiffspapiere sperrte, weil der Capitain die Connossemente nicht rein, sondern nur unter Reservation seiner Gerechtsame wegen der entstandenen Ueberliegetage zeichnen wollte.

Beide Parteien haben die ihnen, unter Vorbehalt des Gegenbeweises für die Gegenpartei, auferlegten Beweise innerhalb 8 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Verlust der Beweisführung anzutreten, und soll nach beendigtem Beweisverfahren weiter erkannt werden wie Rechtens.

Obergericht.

No. 15.

In Sachen Dris. H. Wex m. n. Frisch in Altona gegen Steuermann Droescher und Liefmann Söhne m. n. Bienert (cf. No. 7 der Gerichts-Zeitg. Handelsger. No. 12) hat das Obergericht am 28. März erkannt:

Da die Principal-Intervention, welche der Kläger als Cessionar des Kaufmanns Müller erhoben hat, sich wesentlich auf folgende drei Gründe stützt:

1. der ꝛc. Müller habe dadurch, daß er den Ladeschein über die von ihm versandte Waare an Wellmann indossirte, das Eigenthum an der Waare nicht verloren;
2. der Intervent Frisch, welcher in dem Ladeschein als Destinatair genannt sei, müsse die späteren Weisungen des Absenders anerkennen;
3. das Indossament auf Wellmann habe dem Letzteren überhaupt keine Rechte übertragen, eventuell brauche der Absender dasselbe nicht gelten zu lassen, weil Wellmann seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei;

da jedoch diese Gründe sämmtlich unhaltbar erscheinen;

da insbesondere

ad 1. es zwar richtig ist, daß die Uebertragung des Ladescheins an sich nicht den Uebergang des Eigenthums an der Waare bewirkt, mithin dieses Eigenthum immerhin noch dem Absender Müller zustehen mag, jedoch hierauf allein eine Entscheidung zu Gunsten des Intervenienten nicht gestützt werden kann, indem es sich vielmehr fragt, ob der Absender sich auf sein behauptetes Eigenthumsrecht dem Interventen gegenüber berufen und den Letzteren daran verhindern dürfe, vom Schiffer die Herausgabe der Waare auf Grund des Ladescheins mittelst persönlicher Klage zu fordern, eine Frage, für deren Beantwortung lediglich die sonstigen zwischen dem Absender Müller, dem Interventen Frisch und dem Kaufmann Wellmann bezüglich der fraglichen Waare bestehenden Rechtsverhältnisse entscheidend sind;

da in dieser Hinsicht

ad 2. auf den Umstand, daß der Intervent von dem Absender in dem Ladeschein als Destinatair bezeichnet ist, kein Gewicht gelegt werden kann, indem der Intervent sein Klagerecht nicht als Destinatair und Beauftragter des Absenders geltend macht, sondern dasselbe darauf stützt, daß die Rechte aus dem Ladeschein von dem Absender auf Wellmann und von Diesem auf den Interventen übertragen seien, weshalb jenes frühere, bereits erloschene Mandat hier nicht weiter zu berücksichtigen ist;

da es endlich

ad 3. nach der beigebrachten Correspondenz keinen Zweifel leidet, daß der Absender Müller die fragliche Waare als Commissionair des Wellmann eingekauft und Diesem nach erfolgter Verladung den Ladeschein mittelst Indossament zur freien Verfügung ausgeliefert habe;

da mithin hierdurch jedenfalls das auf Herausgabe der Waare gerichtete Forderungsrecht, welches zunächst der Absender gegen den Schiffer erworben hatte, auf den Committenten Wellmann überging und einen Bestandtheil von dem Vermögen des Letzteren bildete;

da der Intervenient, wenn er diese Uebertragung deshalb anfechten zu können glaubt, weil Wellmann den ihm obliegenden Verpflichtungen nicht nachgekommen sei, zu einer solchen Anfechtung nur

seinem unmittelbaren Mitcontrahenten gegenüber befugt erscheint, nicht aber gegenüber dritten Personen, welche von Wellmann das auf Diesen übertragene Forderungsrecht in gutem Glauben zu Eigenthum oder pfandweise erworben haben;

da es hierfür kaum einen Unterschied machen dürfte, ob das Forderungsrecht gegen den Schiffer indossable oder nur durch Cession übertragbar ist, indem dieser Umstand allerdings im Verhältniß zum Schiffer Bedeutung hat und darüber entscheidet, ob der Kläger die Herausgabe als Indossatar mittelst selbstständigen Klagerechts oder nur als Cessionar seiner Vormänner fordern kann;

wogegen im Verhältniß des ursprünglich Berechtigten zu dem späteren Erwerber einer Forderung es nur darauf ankommt, ob das Forderungsrecht, sei es durch Indossament, sei es durch Cession, in das Vermögen des Letzteren übergegangen ist, indem von diesem Augenblicke an der Indossatar und Cessionar, dem Indossenten und Cedenten gegenüber die ausschließliche Befugniß erwirbt, das abgetretene Forderungsrecht gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen;

da übrigens selbst dann, wenn in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Indossament und Cession bestände, der vorhin erwähnte Rechtssatz im vorliegenden Falle unzweifelhaft zur Anwendung kommen müßte, weil der Intervenient den fraglichen Ladeschein unverkennbar als ein indossabeles Papier behandelt hat und deshalb verflichtet ist, seinerseits diese Eigenschaft der Urkunde dritten Erwerbern gegenüber anzuerkennen;

da hiernach die Intervention nur dann aufrecht erhalten werden könnte, wenn die Voraussetzungen des Art. 25 der N. f. O. vorlägen, dies jedoch, wie das Handelsgerichtliche Erkenntniß bereits zur Genüge dargelegt hat, in keiner Weise der Fall ist:

daß unter Verwerfung der unbegründeten Appellation und unter Verurtheilung des Intervenienten in die Kosten dieser Instanz das angefochtene Erkenntniß der zweiten Kammer des Handelsgerichts vom 5. Februar d. J., wie hiemit geschieht, zu bestätigen sei.

No. 16.

In Sachen Dris. D. Hertz m. n. C. F. Haebler in Zittau gegen F. Leinau Söhne (cf. No. 5 der Gerichtszeitung 1862, Handelsgericht No. 10) hat das Obergericht am 11. April erkannt:

Da, wie das Handelsgericht mit Recht annimmt, gegenwärtig nicht in Frage steht, ob das Erkenntniß vom 24. September 1861 auf den Grund neuer Thatsachen durch eine Restitutionsklage beseitigt werden könne, sondern es sich nur um die Ausführung jenes rechtskräftigen Erkenntnisses handelt;

da jedoch in dieser Hinsicht folgende Punkte als maßgebend zu betrachten sind:

daß der Käufer im vorliegenden Falle, wo das Kaufobject in einer Quantität fungibler Sachen besteht und der Kaufpreis pr. Pfund bedungen ist, zu einer theilweisen Redhibition unzweifelhaft berechtigt war, also nach seinem Ermessen den Kauf ganz oder zum Theil rückgängig machen konnte;

daß das Recht des Käufers durch die erwähnte rechtskräftige Entscheidung in seinem vollen Umfange anerkannt ist und hiedurch seiner inneren Beschaffenheit nach keine Aenderung erlitten hat;

daß mithin, wenn der Käufer gerichtsseitig für ermächtigt

l. 29 pr. de Aedil. Edicto 21. 1,

erklärt wurde, wegen sämmtlicher 19 Säcke Caffee die Vollziehung der Redhibition zu fordern, aus dieser Ermächtigung nicht folgt, der Käufer dürfe, um das ihm zugesprochene Recht geltend zu machen, dasselbe nur im vollen Umfange zur Ausführung bringen, indem vielmehr auch nach Abgabe jenes Erkenntnisses das Ermessen des Käufers darüber zu entscheiden hatte, ob und in wie weit der Letztere von seiner rechtskräftig anerkannten Befugniß Gebrauch machen wolle;

da hiernach das gedachte Erkenntniß seinem wahren Sinne nach nur dahin verstanden werden kann, daß der Verkäufer den empfangenen Kaufpreis sammt Zinsen zurückerstatten und die Spesen vergüten solle, insofern und insoweit der Käufer den gekauften Caffee ausliefern werde, wogegen die in dem früheren Rechtsstreite erwachsenen Kosten dem Verkäufer als unterliegender Partei zur Last bleiben, mag der Käufer die Redhibition vollständig zur Ausführung bringen oder auf dieses sein Recht ganz oder theilweise verzichten;

da demgemäß der Käufer durch den Inhalt jenes Erkenntnisses nicht verhindert ist, wegen der 5 Säcke, die er nicht ausliefern kann, den früheren Kauf bestehen zu lassen, im Uebrigen aber seine rechtskräftig anerkannten Befugnisse zu realisiren;

da ferner durch den Umstand, daß dem Anwalte des Käufers die Kaufgelder auch für die fraglichen 5 Säcke bereits zurückgegeben wurden, rücksichtlich der übrigen 14 Säcke das Recht des Käufers nicht verändert wird, in Erwägung:

daß zwar in der Empfangnahme der Kaufgelder die stillschweigende Zusage der Auslieferung sämmtlicher 19 Säcke enthalten ist,

daß jedoch der Verkäufer, wenn der Käufer diese Zusage nicht vollständig erfüllen kann, deshalb nicht berechtigt erscheint, die übrigen 14 Säcke zurückzuweisen, sondern nur wegen Nichtlieferung der fraglichen 5 Säcke Ersatz fordern darf,

daß solcher Ersatz lediglich in der Rückgabe der für diese 5 Säcke entrichteten Summe bestehen kann, indem ein weitergehendes Interesse, welches der Verkäufer an der Lieferung haben könnte, weder von ihm behauptet, noch sonst ersichtlich ist;

da aus diesen Gründen der Käufer nur verpflichtet erscheint, dem Verkäufer von den empfangenen Kaufgeldern und Zinsen den entsprechenden Theil zurückzugeben;

derselbe jedoch auf den noch zu ermittelnden Gesammtbetrag auch Zinsen seit dem Tage der Rückforderung entrichten muß, indem er seine Verpflichtung nur im Allgemeinen anerkannt hat, ohne zugleich, wie billig hätte geschehen sollen, den Betrag seiner Schuld zu constatiren und sich zur Zahlung dieser bestimmten Summe zu erbieten;

da außerdem von einem Ersatze der auf die fraglichen 5 Säcke verwandten Unkosten selbstverständlich nicht weiter die Rede sein kann;

da die weitergehenden Ansprüche des Verkäufers, ohne daß zu dem Ende noch ein Beweis erforderlich wäre, zu verwerfen sind;

und dies auch insbesondere von den Reisekosten gilt, indem lediglich der Verkäufer durch seine Weigerung, die offerirten 14 Säcke anzunehmen, den Zweck der Reise vereitelt haben würde und nicht angenommen werden kann, daß die Maßregel, welche der Verkäufer Behuf Empfangnahme von 19 Säcken als eine nothwendige getroffen haben will, in dem Falle weniger nothwendig gewesen und deshalb unterblieben wäre, wenn derselbe zeitiger erfahren hätte, daß ihm nur 14 Säcke ausgeliefert werden können;

da endlich der Anwalt des Käufers nicht als Proceßpartei erscheint und die von ihm durch den Schein vom 14. October v. J. für seine Person übernommenen Verpflichtungen keinen Gegenstand des jetzigen Rechtsstreites bilden:

daß auf den Grund der ersten klägerischen Beschwerde das angefochtene Handelsgerichtliche Erkenntniß vom 28. Januar d. J. aufzuheben und der Kläger nur schuldig sei, von den zurückempfangenen Kaufgeldern und Zinsen den auf die fraglichen 5 Säcke fallenden Theil wieder herauszugeben und von diesem noch zu ermittelnden Gesammtbetrage Zinsen seit dem Tage der gerichtlichen Rückforderung zu vergüten;

daß wegen der Liquidation die Parteien an die erste Instanz zu verweisen seien;

daß die den Beklagten durch Erkenntniß vom 24. Septbr. v. J. auferlegte Erstattung der auf der Waare haftenden Unkosten rücksichtlich der fraglichen 5 Säcke wegfalle;

daß im Uebrigen die von den Beklagten erhobenen Ansprüche als unbegründet zu verwerfen;

die ferneren, nur eventuellen Beschwerden des Klägers für erledigt anzusehen

und die Kosten dieser Instanz und die seit dem betreffenden, auf Rückforderung gerichteten Antrage der Beklagten in erster Instanz erwachsenen Kosten zu compensiren seien.

Präturen.

No. 8.

Zweite Prätur. Prätor: Herr Dr. Ullrich.

J. P. D. Dieseldorff (Procurator Blum) gegen J. C. R. Waitz (Dr. Arndt).

Der Kläger verlangt Rücklieferung der von dem Beklagten aus der Wohnung des klägerischen Einwohners C. H. Waitz angeblich widerrechtlich exferirten, mit dem Pfandrechte des Klägers behaftet gewesenen Sachen ad locum unde (an den vorigen Ort). Er producirt ein Protocoll über eine nach Wegschaffung der Sachen vor dem Polizeiherrn stattgehabte Verhandlung, dessen Inhalt aus dem nachfolgenden Erkenntniß ersichtlich.

Der Beklagte entgegnet: Die fraglichen Sachen seien weder Eigenthum des klägerischen Miethers C. H. Waitz, noch von demselben inferirt, sondern von einem auswärtigen Verwandten desselben bei C. H. Waitz, und zwar nach dem Einzuge desselben in das Haus des Klägers, eingestellt worden. Unter diesen Umständen sei es bekanntlich sehr bestritten, ob die Sachen überhaupt dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermiethers anheimfielen. Würde dies aber auch zu bejahen sein, so würde doch die im Auftrage der Eigenthümerin erfolgte Wegschaffung derselben nicht rechtswidrig sein, da vor Anlegung eines Hauerbefehls (der in concreto nicht erwirkt sei) eine jede Wegschaffung unbedingt rechtsgültig sei, und selbst eine nach Anlegung eines solchen erfolgte Wegschaffung dem dritten Besitzer gegenüber nur dann angefochten werden könne, wenn derselbe sine titulo oder mala fide besitze. — Das jenseits producirte polizeiliche Protocoll sei ohne Bedeutung für die Entscheidung.

Der Kläger replicirt: Durch die Wegschaffung der in Frage stehenden Mobilien habe der Beklagte ein spolium begangen, und zwar um so mehr, als er, Kläger, vor ihrer Wegnahme Protest dagegen erhoben habe. Derselbe sei daher schon aus diesem Grunde zur Rücklieferung verpflichtet. — Aber auch abgesehen davon sei der Beklagte nicht berechtigt gewesen, die mit dem klägerischen Pfandrechte behafteten Sachen an sich zu nehmen. Ob dieselben dem klägerischen Miether gehörten, sowie ferner, wer dieselben inferirt habe und wann sie inferirt seien, sei gleichgültig. Es komme nur darauf an, ob es ihm, dem Hauswirthe, bei der Illation angezeigt worden sei, daß die fraglichen Gegenstände nicht seinem Miether gehörten. Dies sei nicht geschehen und daher dieselben seinem Pfandrechte unterworfen. Es sei ferner gleichgültig, ob zur Zeit der Wegschaffung ein Hauerbefehl impetrirt gewesen oder

nicht, da der Beklagte habe wissen müssen, daß die quäst. Mobilien mit dem Pfandrecht des Klägers behaftet waren und da derselbe jedenfalls den klägerischen Protest habe respectiren müssen. — Auf das polizeiliche Protocoll wolle er keinen Werth legen.

Der Beklagte entgegnet: Die replicando versuchte actio spolii sei aus dem formellen Grunde unstatthaft, weil sie ursprünglich gar nicht angestellt sei, indem die ursprüngliche Klage vielmehr offenbar eine Klage aus dem Pfandrecht sei. Dieselbe sei aber auch materiell unbegründet. Der Kläger sei weder juristischer Besitzer noch Detentor der fraglichen Sachen gewesen, noch könne der Aufenthalt derselben in dem klägerischen Hause als die Ausübung eines dem Kläger zustehenden Rechtes angesehen werden. Es könne somit auch durch die Veränderung dieses Zustandes niemals ein spolium gegen den Letzteren ausgeübt werden. Der Protest der klägerischen Leute sei erst dann erfolgt, als die Sachen bereits über den Rinnstein geschafft und aufgeladen waren.

Erkannt den 24. März:

Da partes darüber einverstanden sind, daß Beklagter in seiner Erklärung vor dem Polizeiherrn vom 13. Januar nur garantirt habe, daß die von ihm exferirten Gegenstände unversehrt und unverkümmert bleiben sollten, wofern gerichtlich anerkannt würde, daß sie dem Kläger als Pfand für die Miethschuld des C. H. Waitz zu haften hätten, daß mithin die Fassung der beklagtischen Erklärung in jenem Extract des Polizeiprotocolls auf die abzugebende Entscheidung keinen Einfluß auszuüben habe, und sodann

1) die erhobene Spolienklage anlangend:

Da nach dem Erkenntniß des Obergerichts in Sachen Hackhell, Kläger, c. Wwe. Schumacher, Beklagte, vom 25. October 1861 die Anstellung dieser Klage nicht zulässig erscheint, indem Kläger weder den Besitz der fraglichen Sachen hatte, noch der Umstand, daß sich dieselben in dem von ihm an C. H. Waitz vermietheten Hause befanden, als die Ausübung eines ihm zustehenden Rechts aufgefaßt werden kann, zumal er, als Vermiether, nur ein hypothekarisches Pfandrecht an den Illaten seines Miethers hatte:

daß die erhobene Spolienklage abzuweisen sei;

2) anlangend die angestellte Pfandklage:

da der Beklagte nicht behauptet hat, daß seine Mandantin, Frau Fanny Waitz geb. Büsch, mit den in Rede stehenden Gegenständen in das von C. H. Waitz gemiethete Haus gezogen ist, sondern daß sie dieselben dem Letzteren in Verwahrung gegeben hat, solche mithin als von ihm inferirt anzusehen sind, ohne daß es darauf ankäme, ob seine Leute oder Leute jener Frau Waitz die Sachen nach dem Hause gebracht haben — und ob dies gleich beim Einzug des C. H. Waitz in das klägerische Haus oder später geschehen ist;

da der Beklagte ebensowenig behauptet hat, es sei gleich bei der Illation jener Effecten dem Kläger mitgetheilt worden, daß sie seiner Mandantin gehörten, mithin dieselben für die Miethschuld des C. H. Waitz in gleicher Weise wie dessen eigene Sachen pfandrechtlich zu haften hätten;

da ferner die Wirksamkeit des dem Vermiether an den Illaten des Miethers zustehenden Pfandrechts erfordert, daß jener auf dasselbe provocirt, d. h. zu erkennen gegeben habe, daß er dasselbe zur Sicherung seiner Miethforderung geltend machen wolle;

da zu solcher Anzeige gewöhnlich der vom Vermiether wegen der laufenden Miethe impetrirte Hauerbefehl dient, aber auch eine andere Erklärung genügen muß, namentlich ebenfalls der vom Kläger, nach seiner Behauptung, gegen die Fortschaffung der fraglichen Sachen eingelegte Protest, indem jene Wirkung des Hauerbefehls zur Salvirung des Pfandrechts des Vermiethers gerade darin ihren Grund hat, daß in demselben vorgenannte Erklärung des Letzteren zu finden ist,

siehe Baumeister Hamburg. Privatrecht Bd. 1, S. 231,

und keineswegs rechtlich vorgeschrieben ist, daß diese Erklärung nothwendig in der Form eines Hauerbefehls gegeben werden müsse, um die angegebene Wirkung zu äußern;

da Kläger seinen behaupteten Protest zu der Zeit, als Beklagter mit der Fortschaffung der fraglichen Sachen angefangen habe, also diesem gegenüber eingelegt haben will und mithin sich derselbe nicht darauf berufen könnte, daß er bona fide die Sachen — d. h. ohne die Absicht, das klägerische Pfandrecht zu verletzen — exferirt habe;

da andererseits, wofern Kläger jenen Protest nicht erweisen könnte, die vorgenommene Exferirung unbedingt als gültig anzusehen wäre,

s. Baumeister loc. cit. S. 232,

und es mithin unnöthig wäre, weitere Verhandlungen darüber einzuleiten, unter welchem Titel Beklagter die Sachen exferirt hätte:

daß Kläger i. t. s. p. cont. et desert. s. reprob. den Beweis anzutreten habe:

daß er, als der Beklagte sich anschickte, die fraglichen Sachen aus dem von ihm, Kläger, an C. H. Waitz vermietheten Hause fortzuschaffen, noch während diese Sachen im Hause befindlich waren, gegen deren Fortschaffung protestirt habe.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 17. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 26. April. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Lorent & Co. c. de Kupper.— Obergericht: Dr. Feill c. Gebr. Mackeprang. — Benitt Wwe. c. Harms. — Oberappellationsgericht: Wüstenfeldt & Co. c. Dirks. — Prätturen: Prawitz c. Tschölzke.

Handelsgericht.

No. 30.

Erste Kammer. Audienz vom 14. April 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Mutzenbecher und Abegg.

Lorent & Co. (Dr. Wolffson) gegen G. de Kupper (Dr. Loehr).

Die Kläger verlangen Bezahlung von Bco.℔ 845. für 99 Tonnen Gerste laut Rechnung (Anl. 2). Beklagter habe nämlich auf die laut Schlußnote (Anl. 1) gekauften circa 1100 Tonnen erst 946 abgenommen; es seien somit, unter Abrechnung von 5 pCt. für das „circa", noch 99 Tonnen zu empfangen, deren Lieferung am Abladeorte offerirt werde.

Der Beklagte entgegnet: Die Kläger hätten ihm einen Auslieferungsschein gegeben, welcher auf Herrn Smith in Holbeck lautete und dessen Edition verlangt werde.*) Er habe dann das Schiff Brouw Maria, Capt. Hockstra, nach Holbeck geschickt und durch einen Dritten (Evert) die Gerste für sich empfangen lassen. Es habe sich dort aber gezeigt, daß das Schiff nur 950 Tonnen einnehmen konnte; und sei der Ablader Smith damit einverstanden gewesen, daß durch den Empfang dieser 950 Tonnen der Contract über die ca. 1100 Tonnen von beiden Seiten als erfüllt angesehen werde. Zugleich sei dabei ausgemacht worden, daß der Empfänger, weil er vom Einsenden der Proben abstand, die ein kleines Untergewicht zeigten, dafür eine Vergütung von 4 Tonnen erhalten sollte. Demzufolge habe dann der Empfänger die auf dem Aus-

*) Dieser von den Klägern replicando als Anl. 3 producirte Schein lautet folgendermaßen:

Herr H. L. Smith in Holbeck gelieben, gegen Auslieferung dieses Scheines an die Ordre des Herrn G. de Kupper die für Sie auf Lieferung ab Holbeck verkauften circa bis 1100 Tonnen neue 110 Pfd. holl. wiegende, gute, gesunde, trockene und wohlgereinigte Gerste, nicht geringer als versiegelte Probe, frei an Bord und frei ausliefern zu lassen, und uns, nachdem solches geschehen, diesen Schein quittirt nebst den an Ordre auszustellenden Connossementen einzusenden.

Hamburg, den 6. November 1861.

(gez.) Lorent & Co.

Für mich an die Ordre des Herrn Otto Evert.

(gez.) G. de Kupper.

Obige Partie Gerste ist heute mit 946 Tonnen in contractlicher Waare geliefert und pr. Brouw Maria, Capt. Hockstra, nach Amsterdam an Ordre verladen.

Holbeck, den 19. November 1861.

(gez.) Otto Evert.

lieferungsschein befindliche Quittung ausgestellt, und diese sei vom Ablader mit der ausdrücklichen Erklärung, daß Alles so in Richtigkeit sei, entgegengenommen worden. Er (Beklagter) habe somit seine Verbindlichkeiten aus der Schlußnote erfüllt und bitte um Abweisung der Klage; schlimmstenfalls könne immer nur der Empfang von noch 95 Tonnen gefordert werden, da ausweise Connossements 950 empfangen seien.

Die Kläger stellen in Abrede, daß wirklich zwischen dem Ablader und dem Empfänger eine Verabredung dahin getroffen worden, daß mit dem von der Vrouw Maria eingenommenen Quantum die Schlußnote erledigt sein solle. Es komme übrigens darauf auch gar nichts an, da der Ablader nicht berechtigt sei, ihnen in dieser Beziehung etwas zu vergeben, und da sie nicht an ein Uebereinkommen gebunden sein könnten, welches Jener in Ueberschreitung seiner Befugnisse als Ablader (in Betreff welcher auf die Erkenntnisse des O.-A.-G. in Sachen Hellmrich & Hagedorn c. Schuldt [1842] und Gebr. Schiller c. Schwartz Gebr. [1846] verwiesen werde) mit dem Inhaber des Auslieferungsscheins etwa geschlossen haben sollte. Die 4 Tonnen seien nicht a conto der Schlußnote geliefert, könnten daher auch nicht auf die 1100 Tonnen in Anrechnung kommen.

Der Beklagte erwidert: Das Recht des Abladers, ein Uebereinkommen wie das in Rede stehende, mit verbindlicher Kraft für den Verkäufer zu schließen, könne nicht bezweifelt werden. Ueberdies aber hätten die Kläger in einem Briefe an den Beklagten vom 22. November 1861 erklärt, daß sie das Uebereinkommen anerkennen wollten, wenn Smith wirklich ein solches getroffen haben sollte. Daß Letzteres nun in der That der Fall sei, werde schon durch die entgegengenommene Quittirung des Auslieferungsscheins klar bewiesen.

Erkannt:

Da ein Auslieferungsschein, wie solchen der Verkäufer bei einem Geschäfte, wie das ausweise der Schlußnote, Anlage 1, zwischen den Parteien abgeschlossene, dem Käufer auf dessen Verlangen zu ertheilen hat, nur bestimmt ist, dem Käufer die Waare an dem in der Schlußnote festgesetzten Abladeort zu überweisen, und demgemäß auch in solchem Schein dem in demselben namhaft gemachten Ablader ein weiteres Mandat, als das, die Waare an den Käufer oder dessen Ordre zu liefern, nicht ertheilt zu werden pflegt;

da auch in dem hier in der Anlage 3 vorliegenden Auslieferungsschein dem in demselben genannten Smith ein weiterer Auftrag nicht ertheilt worden ist, und hiernach Kläger keineswegs verpflichtet sind, es anzuerkennen, wenn Smith den Beklagten einer demselben nach Inhalt der Schlußnote obliegenden Verpflichtung entlassen haben sollte;

da hieran auch dadurch nichts geändert wird, daß Kläger in der Anlage 3 — wie es häufig in derartigen Auslieferungsscheinen geschieht — die dem Beklagten zu liefernde Waare als diejenige bezeichnet haben, welche sie für Smith verkauft hätten, indem doch diese Worte des Scheins offenbar nur für Smith bestimmt waren und nicht angenommen werden kann, daß Kläger durch dieselben dem Beklagten das Recht haben einräumen wollen, sie selbst lediglich als Mandatare des Smith zu betrachten, wie denn auch Beklagter selbst diesen Worten kein Gewicht beigelegt hat;

da hiernach, auch wenn Smith dem Beklagten — welcher nach Inhalt der Schlußnote circa 1100 Tonnen, also jedenfalls 1045 Tonnen, zu empfangen hatte und durch Evert, an den er den Auslieferungsschein girirt hatte, nur 946 oder 950 Tonnen abnehmen ließ — ausdrücklich der Verpflichtung, die übrigen 99 oder 95 abzunehmen, entlassen haben sollte, Kläger doch keineswegs verpflichtet wären, einen solchen Verzicht des Smith als für sie rechtsverbindlich anzuerkennen, und demnach ein Präjudiz für sie auch daraus nicht abgeleitet werden könnte, daß Smith, wie Beklagter behauptet, die von Evert unter den Auslieferungsschein gesetzte Quittung, nach welcher die circa 1100 Tonnen mit 946 Tonnen geliefert seien, ohne Widerspruch entgegengenommen habe;

da auch Kläger sich keineswegs mit dem Inhalt dieser Quittung einverstanden erklärt, vielmehr dem Beklagten gegenüber sich nur dahin ausgesprochen haben, daß falls Evert ein ausdrückliches Uebereinkommen mit Smith getroffen haben sollte, nach welchem das Geschäft durch die Abnahme der 946 oder 950 Tonnen erledigt sein sollte, sie dieses Uebereinkommen anerkennen würden;

da hiernach es weder darauf ankommt, ob Smith Einwendungen gegen die Quittung des Evert erhoben hat, noch darauf, ob aus dem Stillschweigen des Smith ein Verzicht desselben zu folgern ist, vielmehr Beklagter nur dadurch von der Verpflichtung zur Abnahme des Restes sich befreien könnte, wenn er nachwiese, daß Smith und Evert ausdrücklich dahin übereingekommen seien, daß das zwischen den Parteien geschlossene Geschäft mit der Abnahme der 946 oder 950 Tonnen als erledigt gelten solle;

da nun aber das Uebereinkommen, welches Smith und Evert hinsichtlich der 4 Tonnen trafen, dahin aufzufassen ist, daß diese 4 Tonnen nur hinsichtlich der Zahlung als nicht geliefert betrachtet werden sollten, und demnach Kläger, die ihrerseits dieses Uebereinkommen anerkennen, hinsichtlich der Frage, wie viel Beklagter von dem denselben verkauften Quantum abgenommen habe, auch diese 4 Tonnen als abgenommen in Anrechnung zu bringen haben, so daß sie nur noch die Abnahme von 95 Tonnen beanspruchen können:

daß Kläger mit ihrer Klage, insoweit dieselbe die Summe von Bco.ℳ 809. übersteigt, abzuweisen und die Proceßkosten zu compensiren; Beklagter aber schuldig sei, den Betrag von Bco.ℳ 809. nebst den Zinsen vom Klagetage den Klägern innerhalb 8 Tage sub poena execut. zu zahlen, er könnte und wollte denn in gleicher Frist den Beweis antreten:

daß die in dem Lieferungsschein, Anlage 3, genannten H. L. Smith und Otto Evert ein ausdrückliches Uebereinkommen dahin getroffen haben, daß das zwischen den Parteien über die circa 1100 Tonnen Gerste geschlossene Geschäft mit der Abnahme der 950 Tonnen als erledigt gelten solle.

Es wird für den Fall, daß Beklagter diesen Beweis antreten sollte, den Klägern der Gegenbeweis vorbehalten; für den entgegengesetzten Fall aber dem Beklagten über das Erbieten der Kläger, demselben die in diesem Fall noch als restirend auf die circa 1100 Tonnen zu betrachtenden 95 Tonnen zu liefern, Acte ertheilt.

Obergericht.

No. 17.

In Sachen Dris. Antoine-Feill m. n. L. Kühlewein gegen Gebr. Mackeprang (cf. No. 8 und No. 36 der Gerichts-Zeitg. 1861, Handelsger. No. 18 und No. 105) hat das Obergericht am 17. Februar in contrarestitutorio erkannt:

Da nicht angenommen werden kann, daß der Kläger, welcher in dem Schreiben vom 13. September 1860 auf die früher getroffene Verabredung ausdrücklich Bezug nimmt, mit der in Rede stehenden Zusendung eine neue, von jener Verabredung unabhängige Offerte habe machen wollen;

da mithin die Frage, ob und welche Verbindlichkeiten aus einer solchen selbstständigen, einseitigen Offerte für die Beklagten folgen würden, auf sich beruhen bleiben darf, indem die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien nach Maßgabe der ursprünglichen Uebereinkunft zu bestimmen sind;

da nun die Beklagten mit dem Kläger, wie Dieser in dem Schreiben vom 24. December 1860 anerkennt, keinen festen Kauf abgeschlossen, sondern nur verabredet haben, daß ihnen Muster, um danach im convenirenden Falle Aufträge zu ertheilen, vom Kläger im November oder December zugesandt werden sollten;

da demgemäß ein die Beklagten bindendes Geschäft auch bezüglich dieser am 13. Septbr. 1860 zur Prüfung übersandten Muster erst dann vorlag, wenn die Beklagten dieselben behalten zu wollen erklärten;

da nach dem Zwecke der Sendung und dem Inhalte der getroffenen Uebereinkunft die Beklagten nicht verpflichtet waren, vor dem November oder December 1860 eine Prüfung vorzunehmen, ihnen also auch daraus, daß sie eine ablehnende Erklärung nicht sofort nach Ankunft der Waare, sondern erst zu der bevorworteten Zeit abgaben, kein Vorwurf zu machen ist, folglich auch kein Rechtsnachtheil erwachsen darf:

daß unter Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses der zweiten Kammer des Handelsgerichts vom 26. November v. J. und unter Compensation der in dieser und der Restitutions-Instanz erwachsenen Kosten das Erkenntniß der ersten Kammer des Handels-Gerichts vom 14. Mai 1861 wieder herzustellen sei.

No. 18.

In Sachen Wwe. Benitt gegen Paul Harms uxor. noie. (cf. No. 8 der Gerichtsztg. 1862, Nieder-

gericht No. 1) hat das **Obergericht** am 11. April erkannt:

Da die von dem Niedergerichte angegebenen Gründe zur Rechtfertigung seiner Entscheidung auch dann zureichen, wenn man von dem zweifelhaften Sinn des § 8 des Ehecontracts absieht, indem nach gemeinem deutschen Recht, mit welchem Art. 82 des Landrechts übereinstimmt, das Recht der Guts-Uebergabe an ihren Sohn der Wittwe auch dann zusteht, wenn sie auf dem Grunde der fortgesetzten Gütergemeinschaft in ungetheiltem Besitz des Gutes mit ihren Kindern geblieben ist;

da der Widerspruch des Beklagten um so weniger Beachtung verdient, als die Zustimmung der beiden, mit der Ehefrau des Beklagten in gleicher Lage befindlichen Schwestern für die Rechtmäßigkeit und Billigkeit der stattgehabten Abmachung spricht;

da die in appellatorio beigebrachte Erklärung des Hinrich Fock aus dem zweifachen Grunde nicht zu berücksichtigen ist, weil ein solcher Rücktritt eines der von den Parteien durch Uebereinkunft adhibirten Sachverständigen von seinem Gutachten werthlos ist, und weil selbst die unbestimmten Angaben dieser Erklärung nicht zu dem Resultate führen, daß durch den Uebergabs-Vertrag eine Pflichttheils-Verletzung herbeigeführt werde, eine solche — überdies von dem Beklagten gar nicht geltend gemachte — Verletzung aber das einzige zulässige Fundament der Anfechtung bilden würde;

da, was das zweite beigebrachte novum anlangt, eine früher von dem Sohne begangene, der Mutter bekannte Ungebür dieselbe, wenn sie ihm verzeihen will, an der Ausübung ihres Rechts nicht verhindert:

daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 10. Februar d. J. zu bestätigen.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 9.

Julius Wüstenfeld & Co. (Dr. Biesterfeld) gegen **J. H. Dirks** (Dr. Stavenüter).

Die Kläger behaupten: Auf beklagtische Veranlassung haben sie im Jahre 1856 eine Actie der Dampfschiffslinie zwischen Hamburg und Barcelona à $ 500 gekauft und den Kaufpreis mit Bco℔ 1406. 4 ß dem Beklagten zugeschrieben. Im Jahre 1857 haben sie darauf eine Actie, No. 331 (Anl. 1), vom Beklagten empfangen, welche indessen nur auf den Namen eines spanischen Unterthanen lauten konnte, und habe sich der Beklagte deshalb in einem Schreiben (Anl. 2) zugleich verpflichtet, die Uebertragung der Actie von dem Namen ihres nominellen Inhabers (Isidoro Pons) an ein anderes spanisches Haus auf klägerisches Verlangen jederzeit zu bewerkstelligen. — Ganz in derselben Weise haben sie später eine zweite Actie, No. 332, à $ 500 (Anl. 3) gekauft und deren Kaufpreis mit Bco℔ 1359 6 ß dem Beklagten zugeschrieben. — Der Beklagte sei nun aber ihrer Anforderung zur Umschreibung nur rücksichtlich der Actie No. 331 in Anl. 5 durch schriftliche Ordre an die hiesigen Vertreter der Dampfschifffahrtsgesellschaft, Viguié Succ., nachgekommen, habe dagegen eine solche rücksichtlich der Actie No. 332, wie ein von den Klägern erhobener Protest, Anlage 6*), ergebe, den Klägern verweigert; weshalb sie den Beklagten zur Ertheilung der erwähnten Ordre an Viguié Succ. zu verpflichten beantragen.

Der Beklagte wendet ein: Er habe als vermittelnder Makler und keineswegs für eigene Rechnung den Klägern im Jahre 1856 die Zeichnung einer Actie der betreffenden Dampfschifffahrts-Gesellschaft angerathen, den ihm zugeschriebenen Betrag sofort wieder an Viguié Succ. abgeschrieben. — Die als Anl. 1 producirte Actie haben die Kläger als provisorische Deckung ihrer Zahlung erhalten, da die spanische Regierung ihre Genehmigung noch nicht ertheilt hatte, auf ausländische Inhaber oder au porteur lautende Actien auszugeben; deshalb habe er rücksichtlich dieser Actie die in Anl. 2 enthaltene Garantie gegeben. — Im Jahre 1858 habe sodann die Dampfschifffahrtsgesellschaft behufs Anschaffung eines neuen Dampfbootes einen neuen Subscriptionsbogen erlassen und die Kläger

---

*) In Folge dieses klägerischen Protestes hatte Beklagter erklärt: „Die gedachte Actie No. 332, in Betreff welcher der Transport verlangt werde, gehöre zu den neuen Zeichnungen, wie auch die Subscriptions-Acte beweise, und könne er daher mit dieser Acte keine Ausnahme machen, weil sonst sämmtliche Subscribenten auf ihn zurückkommen würden. — Uebrigens sei die Actie No. 332, welche die Herren Julius Wüstenfeld & Co. in Besitz hätten, denselben nur provisorisch zur Deckung bis zur Auslieferung der neuen Actien und zur Umwechselung gegen diese Letzteren von ihm, Herrn J. H. Dirks, übergeben worden."

hierauf eine neue Actie gezeichnet. Für diese letzte Zeichnung haben Kläger sodann die No. 332 als Interims-Actie erhalten, bis die Actien für die neuen Zeichnungen angefertigt seien, ohne daß er für diese Actie eine Garantie wie für die erste übernommen habe. Jene neuen Actien seien aber noch nicht ausgegeben, das klägerische Verlangen mithin vollkommen unbegründet; er leugne bestimmt, die Actie No. 332 verkauft zu haben, sowie für diese Actie eine Garantie übernommen zu haben.

Die Kläger erwidern: Beklagter habe sich ihnen gegenüber nie als bloßer Vermittler, sondern stets als selbstständiger Contrahent gerirt; dem Beklagten sei der Kaufpreis für die Actien zugeschrieben, von ihm seien daher dieselben ersichtlich gekauft worden, ohne daß die Kläger über die spätere Zuschreibung abseiten des Beklagten an Viguié Succ. etwas wissen könnten. — Unwahr sei es, daß sie die Actie No. 332 auf Grund einer neueren Zeichnung empfangen haben; beide Actien seien vom Beklagten auch stets als unter denselben Bedingungen ertheilt behandelt worden, namentlich in einem Schreiben desselben, Anl. 7*); da nun Beklagter die übernommene Garantie rücksichtlich der No. 331 zugestehe, so sei er auch rücksichtlich der No. 332 wenigstens so lange in gleicher Weise als verpflichtet anzusehen, bis er etwa den Nachweis erbringe, daß rücksichtlich der letzten Actie besondere Bedingungen vereinbart worden; die Sicherheitsbestellung, welche nach gegnerischer Angabe in den Actien habe liegen sollen, würde denn ja auch ohne jene Garantie bei einer auf den Namen Isidoro Pons lautenden Actie gar keinen Sinn gehabt haben.

Das Handelsgericht (Präses: Herr Dr. Lehmann, Richter: die Herren Helmcke und Blume) erkannte am 23. August 1860:

Da aus dem Verkauf der Actie No. 331 an die Kläger und der in Gemäßheit der Anlage 5 erlangten klägerischen Dispositionsbefugniß über die Anlage 1 nicht folgt, daß die dem Beklagten am 17. Decbr. 1858 zugeschriebenen Bco.-℔ 1359. 6 ß der Kaufpreis für die empfangene weitere Actie No. 332 gewesen sind, und zwar dies um so weniger, als eine Garantie, wie zur Actie No. 331 in Anlage 2 den Klägern ertheilt ward, zur Actie Anlage 3 den Klägern nicht ausgehändigt worden;

da also bei beklagtischerseits erfolgter negativen Litiscontestation den Klägern der Beweis ihres Klaggrundes obliegt, während dem Beklagten speciell der Gegenbeweis des von ihm behaupteten Geschäftsabschlusses nachzulassen ist,

daß Kläger den Beweis:

daß der Beklagte ihnen die libellirte Actie No. 332 (Anl. 3) verkauft habe,

vorbehältlich beklagtischen Gegenbeweises, namentlich dahin:

daß die fragliche Actie nur als Sicherheit für den von den Klägern zu den neuen Zeichnungen geleisteten Einschuß bis zur Auslieferung einer Actie der neuen Emission gegeben sei,

zu führen und solchen Beweis innerhalb 8 Tage sub poena desertionis anzutreten schuldig,

und hat Beklagter zu besserer Instruction der Sache den Bogen der neuen Actienzeichnungen, auf welchem die klägerische Unterschrift angeblich sich befindet, falls dem sonst nichts entgegensteht, in gleicher Frist sub poena 5 ℛ︎ℳ︎ zu den Acten zu bringen.

Auf klägerische Appellation erkannte das Obergericht am 23. November 1860:

da in Betreff der Actie No. 331 feststeht, daß Beklagter die Kläger in Betreff dieser Actie ganz so zu stellen hatte, als ob dieselbe auf ihren Namen laute, und Beklagter der klägerischen Behauptung, daß die Actie No. 332 ihnen unter denselben Vorworten übergeben worden, die Angabe gegenüber stellt, dieselbe sei ihnen gleichsam

*) Die Anlage 7 lautet:

„Herren Julius Wüstenfeld & Co., hieselbst.

Hamburg, den 2. Juli 1860.

Eingeschlossen beehre ich mich, Ihnen vorläufig die Befugniß zur Umschreibung einer Actie von 500 $ zu behändigen, sowie ich mich auch gern bereit erkläre, Ihnen diejenige für die andere Actie zukommen zu lassen, sobald ich von Spanien über das Schicksal der neuen Zeichnungen Nachricht erhalten habe. Da Letztere sehr bedeutend sind, so ist es unumgänglich nothwendig, diese abzuwarten, und werde ich nicht ermangeln, Ihnen seiner Zeit Weiteres zu berichten.

Joach. H. Dirks."

als Pfand für so lange eingehändigt worden, bis die neuen Actien für die neuen Zeichnungen ausgefertigt sein würden,

da aber diese beklagtische Behauptung, sowie die Interpretationen derselben in der beklagtischen Antwort auf den klägerischen Protest und in dem beklagtischen Billet vom 2. Juli über die Abweichung dieser beklagtischen Verpflichtung von der in Betreff der Actie 331 übernommenen und erfüllten Verpflichtung keinen Aufschluß geben, so daß in Ermangelung eines gegentheiligen beklagtischen Beweises angenommen werden muß, das Rechtsverhältniß der Parteien habe in Betreff dieser zweiten Actie dem Rechtsverhältniß in Betreff der ersten Actie gleichgestellt sein sollen, und zwar um so mehr, als Beklagter sich im Billet vom 2. Juli d. J. bereit erklärt hat, mit dieser zweiten Actie wie mit der ersten zu verfahren, sobald er über das Schicksal der neuen Zeichnungen Nachrichten erhalten haben werde, welche Nachrichten einzuziehen ihm oblag und die er sich längst schon hätte verschaffen sollen:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 23. August d. J. dahin zu reformiren, daß Beklagter schuldig sei, den Klägern einen Dispositionsschein über die Actie 332, gleich dem über die Actie 331 ertheilten, unter dem Präjudize der Execution auf den von den Klägern eingezahlten Belauf auf die eingezahlten Bco.ℳ 1359. 6 ß und unter Vorbehalt weiter reichender klägerischer Schadensansprüche zu liefern, auch den Klägern die Kosten des handelsgerichtlichen Verfahrens zu erstatten, es wäre denn, er könnte, wie ihm solches eventuell in einem vom Handelsgerichte anzusetzenden Termin obliegt, erweisen:

„daß in Betreff der Actie 332 anders als in Betreff der Actie 331 und in welcher Weise anders von ihm mit den Klägern contrahirt worden sei,“

und würde für den Fall der Erbringung dieses Beweises je nach den Ergebnissen der Beweisführung weiter in der Sache zu erkennen sein.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte Beklagter an das Oberappellations-Gericht zu Lübeck, welches am 13. Februar 1862 das Obergerichtliche Erkenntniß aufhob und dasjenige des Handelsgerichts wieder herstellte. Die Entscheidungsgründe führen aus:

Es komme zunächst darauf an, was als Klagegrund angesehen sei, und dieser erscheine nach den Ausführungen der Klage unbedingt als ein Kauf. Beklagter habe nun aber bestimmt geleugnet, daß die Kläger auch nur eine der beiden Actien von ihm gekauft haben, indem er vielmehr nur als Vermittler der spanischen Dampfschifffahrts-Gesellschaft thätig gewesen sein wolle, ohne daß aus beiden Geschäften eine persönliche Verbindlichkeit für ihn erwachsen sei, indem er die Uebernahme der Garantie rücksichtlich der Actie No. 331 als eine spätere Intercession darstelle, welche seine Stellung zum Hauptgeschäfte nicht habe verändern können. Hiernach sei es nicht durch den Inhalt der Acten gerechtfertigt, wenn das Handelsgericht davon als einem unbestrittenen Umstande ausgegangen sei, daß die Actie No. 331 den Klägern vom Beklagten verkauft worden. Habe nun auch Beklagter gegen das handelsgerichtliche Erkenntniß kein Rechtsmittel ergriffen, so stehe ihm doch jene Annahme desselben nicht entgegen, weil dieselbe nur in den Entscheidungsgründen vorkomme und weder unmittelbar noch mittelbar einen Theil des Decisums bilde, welches letztere den Anträgen des Beklagten entsprochen. — Habe nun ungeachtet dieser Sachlage das Obergericht die Kläger mit der Beweislast in Betreff ihres Klagegrundes, des Kaufes, verschont und vielmehr dem Beklagten den Beweis der feinseitigen Darstellung auferlegt, so beruhe dieses auf den beiden Annahmen, erstens in concreto: es lägen so starke Beweis-Indicien für die Kläger in den Acten, daß ihnen eine Beweisführung nicht mehr zugemuthet werden könne, und zweitens in abstracto: ein hohes Maaß von Beweis-Indicien für die an sich beweispflichtige Partei könne die Wirkung ausüben, die Beweislast zu verändern. Dem Obergerichte könne indessen in dem Ergebnisse, zu welchem dasselbe hier gelangt sei, nicht beigetreten werden, und zwar ohne daß es nöthig wäre auf den Grund oder Ungrund der ersten der vorbemerkten Annahmen

einzugehen. Denn das Vorhandensein von Umständen, aus welchen sich factische Vermuthungen für eine zu beweisende Thatsache ableiten lassen, habe, wie das Oberappellations-Gericht — auch in Hamburgischen Sachen

Weiler c. Conr. Mensing & Co., November 1851;

Sloman c. Mutzenbecher, December 1856;

Meyerkort & Gloystein c. Schmidt, Februar 1859;

— beständig festgehalten habe, nur für die schließliche Beurtheilung des Beweises Bedeutung, sei dagegen ungeeignet, die Beweislast der Partei aufzubürden, welcher sie nicht ohnehin obgelegen hätte. Es komme somit nur noch auf die reviviscirende Eventual-Beschwerde der Kläger voriger Instanz an, daß ihnen nicht als besondere Alternative der Beweis verstattet sei,

ihnen sei die Actie No. 332 nicht gegeben worden, um für einen zu den neuen Zeichnungen geleisteten Einschuß bis dahin als Sicherheit zu dienen, wo die Actien der neuen Emission ausgegeben werden würden.

Auf diesen Antrag konnte indessen aus dem formellen Grunde nicht eingegangen werden, weil, wie das ebenfalls der constanten Praxis des Oberappellationsgerichts entspreche, die der beweispflichtigen Partei zu machende Beweis-Auflage nicht auf einzelne von ihr behauptete, im künstlichen Beweise etwa brauchbare Momente, sondern auf die in Betracht kommende Thatsache selbst zu richten sei.

cf. Midgley c. Weil und Consorten, Mai 1854.

Präturen.

No. 9.

Erste Prätur. Prätor: Herr Dr. Poelchau.

Charlotte Prawitz (Proc. Falck) gegen Johann Wilhelm Tschölzke (Dr. Westphal) modo H. M. Beyling, curat. noie. desselben.

Die Klägerin stellte am 19. November 1861 folgende Klage an: Sie conditionire in demselben Hause, in welchem der Beklagte mit seiner Stiefmutter wohne. Dadurch sei sie mit dem Beklagten bekannt geworden und dieser habe ihr seine besondere Aufmerksamkeit geschenkt, im Juli v. J. förmlich um sie angehalten und ihr Jawort erhalten. Es sei nun verabredet worden, dies Verhältniß vorläufig bis zum Geburtstage des Beklagten geheim zu halten; dann wollte dieser es seiner Stiefmutter mittheilen und um deren Zustimmung bitten. Inzwischen seien sie oft mit einander promenirt; Beklagter habe sich auch bei einem Onkel der Klägerin als ihr Bräutigam vorstellen lassen und mit ihr verabredet, sie im folgenden Mai zu heirathen. An seinem Geburtstage habe sie ihm nun ein Geschenk überreicht; er habe ihr dasselbe aber nach einigen Stunden zurückgebracht und zugleich erklärt, er könne sie nicht heirathen. Auch seine Stiefmutter habe ihr darauf erklärt, daß sie ihres Sohnes Frau nicht werden könne, da sie arm sei. Am folgenden Tage dagegen habe der Beklagte selbst sie wieder besucht und ihr betheuert, daß er sie auch ohne die Zustimmung seiner Stiefmutter heirathen werde. Auch dies Versprechen habe er jedoch einseitig wieder zurückgenommen, und bittet die Klägerin daher, ihn zur Zahlung einer Entschädigungssumme von Bco.¥ 500. für das gebrochene Eheversprechen zu verurtheilen.

Der Anwalt des Beklagten leugnet sowohl das Eheversprechen, als alle anderen in der Klage behaupteten Facta, bis auf das eine, daß Beklagter mit der Klägerin promenirt habe. Auch die Stiefmutter desselben habe nicht gesagt, was die Klägerin von ihr erzähle, sondern sie habe Jener nur Vorwürfe darüber gemacht, daß sie mit dem Beklagten, der ihr als geistesschwach bekannt sein müsse, ein Verhältniß angeknüpft. Dieser sei nämlich vor mehreren Jahren von einem schweren Schlaganfalle betroffen, der eine Geistesschwäche zur Folge gehabt habe. Ueber die Letztere könne sehr bald eine officielle Bescheinigung beigebracht werden, da seine Stiefmutter die Anordnung einer Cura auf Grund eines Physicatsgutachtens zu beantragen beabsichtige. Selbst wenn also wirklich ein Eheversprechen gegeben sein sollte, würde dasselbe wegen der Geistesschwäche des Beklagten doch keine rechtliche Wirkung haben können.

Die Klägerin entgegnet: Wenn der Beklagte sich jetzt unter Curatel stellen lasse, so könne ihn das vielleicht gegen spätere, gewiß aber nicht gegen das

vorliegende frühere Eheversprechen schützen. Im Uebrigen beharre sie bei allen in der Klage aufgestellten Behauptungen.

Der Anwalt des Beklagten producirt als Anl. A ein Decret des Obergerichts, dahin lautend, daß für den geistesschwachen J. W. Tschölzke eine cura perpetua anzuordnen und H. M. Beyling zu seinem curator perpetuus zu ernennen sei. Selbst wenn also wirklich ein Eheversprechen gegeben worden und Beklagter auch zu jener Zeit noch nicht geistesschwach gewesen sein sollte, sei doch jetzt die Erfüllung unmöglich und somit jede Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung hinfällig.

Nachdem H. M. Beyling, als nunmehriger curator perpetuus des Beklagten, den Proceß reassumirt und allem bisher von Seiten des beklagtischen Anwalts Vorgebrachten inhärirt hat, wurde am 21. Januar d. J. erkannt:

> daß Klägerin in term. s. p. absolutionis rei ab instantia et cont. proceßgemäß bestimmt sich zu erklären habe, ob sie ihrerseits zur Vollziehung der Ehe mit dem beklagtischen Curanden bereit sei.

Auf beklagtische Supplication erkannte das Niedergericht am 7. Februar:

Da der körperliche und geistige Zustand des beklagtischen Curanden — wie sich aus den dieser Acte beiliegenden Curatel-Acten mit hinreichender Deutlichkeit ergiebt — ein derartiger ist, daß von einer Vollziehung der Ehe mit der Klägerin nicht die Rede sein kann, es auch keinem Zweifel unterliegt, daß dieser Zustand schon zur Zeit des angeblich ertheilten Eheversprechens, im Juli vorigen Jahres, vorhanden war;

da aber für die Begründung der auf Bezahlung einer Satisfactionssumme wegen nicht erfüllten Eheversprechens gerichteten Klage — abgesehen von einigen ganz besonderen, im vorliegenden Falle nicht zutreffenden Umständen, unter welchen eine derartige Klage durch eine von dem Beklagten begangene Unrechtfertigkeit begründet sein kann — die Möglichkeit der Vollziehung der Ehe eine wesentliche Voraussetzung ist;

Baumeister Privatrecht Bd. II. S. 17.

Da somit auf die in dem angefochtenen Erkenntniß der Klägerin injungirte Erklärung überall nichts ankommt, die Klägerin vielmehr sofort mit der angestellten Klage abzuweisen ist, —

daß das Erkenntniß der ersten Prätur vom 21. Januar d. J. wieder aufzuheben und die Klägerin mit der angestellten Klage abzuweisen sei, dieselbe auch dem Beklagten die Kosten der ersten Instanz zu erstatten habe, sie könnte und wollte denn in termino s. p. cont. et reprob. salva beweisen:

> daß der beklagtische Curande ihr die Ehe versprochen oder sich mit ihr verlobt habe,

in welchem Falle die Kosten zu compensiren sind.

Auf klägerische Supplication erkannte das Obergericht am 28. März:

Da aus dem Inhalt des Physicats-Gutachtens vom 19. November v. J., welches die nachher erfolgte Bestellung einer Cura für den beklagtischen Curanden für zweckmäßig erklärt, sich ergiebt, daß derselbe in der vorhergegangenen Zeit keineswegs durch völlige Geistes- oder Willensschwäche zur Ertheilung eines gültigen Eheversprechens unfähig gewesen sein würde;

da mithin, falls eine solche Zusicherung, deren Erfüllung von dem nachherigen Curanden bereits mit Bestimmtheit verweigert worden, von der Klägerin erwiesen würde, ihr Anspruch auf eine dafür zu gewährende Entschädigung für begründet zu erachten ist:

daß das niedergerichtliche Decret vom 7. Februar d. J. wieder aufzuheben, und Klägerin den Grund ihrer Klage, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, dahin zu erweisen habe:

> daß der jetzige beklagtische Curande Tschölzke im Sommer v. J. ihr die Ehe versprochen oder sich mit ihr verlobt habe.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung. Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 18. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 3. Mai. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Gleichmann c. Seckel. — Obergericht: Dr. Brandis c. Auffm' Ordt.

Handelsgericht.

No. 31.

Erste Kammer. Audienz vom 24. April 1861. Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Mutzenbecher und Abegg.

L. G. Gleichmann (Dr. Sieveking) gegen M. H. Seckel (Dr. D. Hertz).

Der Kläger verlangt die Bezahlung einer Promissory-Note von $ 182. 87 Cent. (Anlage 1.)

Beklagter wendet ein: Die eingeklagte Promissory-Note habe bekanntlich die Natur unseres eigenen Wechsels, ein solcher könne aber nach Art. 96, sub 3 der deutschen Wechsel-Ordnung nicht an eigene Ordre ausgestellt werden, indem dieser Artikel als wesentliches Erforderniß des eigenen Wechsels den „Namen der Person oder die Firma" verlange, an welche oder an deren Ordre der Aussteller Zahlung leisten solle. Nun sei aber das eingeklagte Dokument an eigene Ordre ausgestellt, mithin eine Klage auf Grund desselben unzulässig. *)

*) Eine außerdem vorgeschützte Einrede der Incompetenz hat Beklagter duplicando für werthlos erklärt.

Kläger erwidert: Die rechtliche Bedeutung der Anlage 1 sei keineswegs nach der deutschen Wechsel-Ordnung, sondern nach dem Rechte des Ortes der Ausstellung, mithin nach amerikanischem Rechte zu beurtheilen; nach diesem über die Form der Promissory-Notes allein maßgebenden Rechte sei aber eine solche Note an eigene Ordre vollkommen zulässig. — Uebrigens gelte dasselbe auch nach der deutschen Wechsel-Ordnung, denn der vom Beklagten allegirte Artikel habe keineswegs die vom Gegner geltend gemachte Bedeutung, die beklagtische Interpretation würde zu der Consequenz führen, daß auch gezogene Wechsel an eigene Ordre unzulässig seien. Nach gemeinem Rechte jedenfalls sei Beklagter zur Bezahlung der Anlage 1 verpflichtet, und wolle derselbe behaupten, daß im amerikanischen Rechte eine Abweichung begründet sei, so würde er diese erweisen müssen.

Beklagter macht geltend: Nach hiesigem Rechte sei die Anlage 1 ohne verbindliche Kraft, mithin sei es Sache des Klägers, welcher sich auf eine Abweichung des fremden Rechtes berufe, seinerseits den Beweis dieser behaupteten Abweichung zu erbringen.

Erkannt:

da Beklagter seinen Namen auf der Vorder- und Rückseite der Anlage 1 als von ihm geschrieben anerkannt und ferner duplicando erklärt hat, daß er auf die von ihm vorgeschützte Einrede der Incompetenz keinen Werth lege, hiernach also nur darüber zu entscheiden ist, welche rechtliche Bedeutung der Anlage 1 beizulegen ist;

da nun, falls dieses Schriftstück nach dem am Orte der Ausstellung, also in Philadelphia, geltenden Recht als eine gültige Promissory-Note zu betrachten sein sollte, demselben auf Grund der bezüglichen Vorschrift des § 85 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung hierorts die Bedeutung eines eigenen Wechsels beizulegen sein würde, wie dieses von den hiesigen Gerichten im vorigen Jahre in Sachen Schlüter & Maack gegen H. A. Barouch anerkannt worden ist; *)

da denn aber auch nach demselben Paragraphen der Wechselordnung die Erfordernisse eines im Auslande ausgestellten Wechsels nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes, sondern nach dem am Orte der Ausstellung geltenden Rechte beurtheilt werden sollen und dem zu Folge es für gänzlich unzutreffend erachtet werden muß, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß es der Anlage 1 an den Erfordernissen fehlt, welche die Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung für eigene Wechsel vorschreibt;

da hiernach Beklagter sich nur darauf hätte berufen können, daß nach dem in Philadelphia geltenden Recht die Anlage 1 nicht als eine gültige Promissory-Note zu betrachten sei, Beklagter aber dieses nicht, oder doch keinenfalls mit der erforderlichen Bestimmtheit geltend gemacht hat, und bei dieser Sachlage um so weniger eine Veranlassung vorliegt, dem Kläger noch einen Beweis in dieser Hinsicht aufzulegen, als einzelnen Gerichtsmitgliedern aus eigener Erfahrung bekannt ist, daß Promissory-Notes, wie die vorliegende, vielfach in Nordamerika vorkommen, hiermit auch das Gutachten im Archiv für Wechselrecht Bd. 10, S. 87, und folgende übereinstimmt und kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß etwa gerade in der Stadt Philadelphia ein entgegenstehendes Recht in dieser Beziehung gelten sollte:

daß Beklagter schuldig sei, die eingeklagten £ 182. 87 c. nebst den Zinsen vom Klagetage, den Protest- und Proceßkosten dem Kläger sofort zu bezahlen, auch die Sache zu Execution zu verweisen.

*) Vide No. 7 und 16 der Gerichts-Zeitung 1861 und Register Pag. XIX.

Obergericht.

No. 19.

Dr. H. A. R. Brandis m. n. C. H. Donner in Altona gegen Conrad A. Auffm' Ordt in Vollmacht der neuen dritten Assecuranz-Compagnie und Consorten (Dr. Sieveking).

Dr. Brandis klagt auf Bezahlung von Bco℔ 4686. 8 ß als Betrag des auf das Casco des condemnirten von den Beklagten versicherten Schiffes „Albert“, Capt. Hansen, dispachirten Schadens.

Die Beklagten entgegnen: der Albert sei kaum zwei Tage in See gewesen, als er ohne irgend unglückliche Begegnisse anfing, vier Zoll Wasser pr. Stunde zu machen und dann in Folge der Weigerung der Mannschaft, die Reise fortzusetzen, gezwungen wurde, in San Jago de Cuba einzulaufen. Auf Antrag des Capt. Hansen habe das dortige Handelsgericht zwei Sachverständige zur Besichtigung der Luken, drei zur Untersuchung des Schadens und Taxation der Reparaturkosten ernannt und zwei Capitaine mit der Taxation des Schiffswerthes beauftragt. Die Reparaturkosten seien auf ca. 4000 Pesos, der Schiffswerth auf ungefähr dasselbe taxirt worden. Auf Anhalten des Capitains sei sodann ein dortiger Kaufmann Escorriara, vom Gerichte mit der Vertretung der Interessen der unbekannten Assecuradeurs betraut worden. Dieser habe, gestützt auf die Angabe, daß der Boden des Schiffes verfault sei und einer vollständigen Erneuerung bedürfe und unter Hinweis auf die großen Schwierigkeiten und Kosten einer solchen Reparatur beim Handelsgericht ein Gesuch um Verkauf des Schiffes und Weiterbeförderung der Ladung eingereicht. Diesem Gesuche habe sich der Capt. Hansen angeschlossen und das Gericht demselben entsprochen. Die Klage sei somit aus folgenden Gründen abzuweisen: 1) weil die Condemnation nicht den Bedingungen des allgemeinen Plans (§ 102 und 114) entspreche. Nach diesen brauche der Versicherer dieselbe nur dann anzuerkennen, wenn sie auf Grund einer durch gesetzliche oder usancenmäßige Sachverständige ausgesprochenen absoluten oder relativen Irreparabilität erfolgt sei. Als solche Sachverständige seien nur die zur Untersuchung des Schadens und Taxation der Reparaturkosten ernannten Aelterleute der Segelmacher, Schiffszimmerleute und Kalfaterer anzusehen, welche

aber, weit entfernt, die Irreparabilität des Schiffes auszusprechen, sogar die Reparaturkosten detaillirt angaben. Das Gutachten der zwei Capitaine könne — da sie nur nach Maßgabe des Codigo de Com. Art. 955 zur Taxation des Schiffswerths ernannt seien — nicht in Betracht kommen; noch weniger aber das Gesuch des Escorriara und des Capt. Hansen. Uebrigens sprächen auch beide gar nicht von einer Irreparabilität; vielmehr besage das Gutachten der Capitaine nur, daß die Kosten der Reparatur den Werth des Schiffes um das Doppelte übersteigen würden, und auch das Gesuch des Escorriara und des Capitains berufe sich nur auf Kostspieligkeit und andere Zweckmäßigkeitsgründe, namentlich auf eine angebliche spätere Deposition der Aelterleute, daß eine allgemeine Verzimmerung 20—25,000 $ kosten würde. 2) weil der Zustand des Schiffes keinen Unfällen der letzten Reise, sondern alten Schäden beizumessen sei, was sich insbesondere daraus ergebe, daß aus der Verklarung nichts für eine Erklärung dieses Zustandes durch Ereignisse der letzten Reise zu entnehmen sei, daß in dem Gesuche des Escorriara und des Capitains der Boden des Schiffes als verfault und eine allgemeine Verzimmerung als erforderlich bezeichnet werde. Aus denselben Umständen, sowie aus dem Nichtbezeugtsein der Seetüchtigkeit des Schiffes in der Verklarung ergebe sich 3. auch die Einrede der Seeuntüchtigkeit beim letzten Abgangsorte Aux Cayes.

Der Kläger replicirt: Die Einrede der Seeuntüchtigkeit betreffend, so handle es sich hier um eine Jahresversicherung. In diese falle aber schon die frühere Reise des „Albert" von Fledwood nach Aux Cayes hinein, und hätte daher jene Einrede auf die Seeuntüchtigkeit des Schiffes beim Abgange von Fledwood gestützt werden müssen. Eventuell werde dieselbe für beide Orte in Abrede gestellt, und ebenso die der Hauptsache nach damit zusammen fallende Einrede, daß der Zustand des Schiffes von Alterschäden herrühre. Die Condemnation betreffend, so sei die Angelegenheit des Albert sofort nach dem Einlaufen im Nothhafen dem dortigen Handelsgericht übergeben worden, unter dessen Autorität auch das ganze Condemnationsverfahren stattgefunden habe. Dieselbe sei daher formell gewiß nicht zu beanstanden und das Verfahren des Capitains vollkommen gerechtfertigt. Aber auch materiell sei die Condemnation in Ordnung, da in der That eine relative Irreparabilität vorgelegen habe. Nachdem nämlich die Aelterleute das Schiff bis zur Wasserlinie untersucht und über die an diesen Theilen nöthigen Reparaturen berichtet und nachdem dann die beiden Capitaine Fernandez und Aguirre das Schiff in allen seinen Theilen untersucht und den Boden sowohl hinsichtlich seiner Plankenbekleidung, wie der Verbolzung und Eisen unbrauchbar befunden, und die erforderlichen Reparaturen auf den doppelten Werth des Schiffes im reparirten Zustande taxirt hatten, habe der gerichtlich bestellte Vertreter der Assecuradeurs auf die Condemnation angetragen. Als Grund habe derselbe namentlich den totalen Mangel an Docks und Kielleichtern angeführt, ohne welche eine Reparatur des Schiffsbodens nicht möglich sei, so wie das Fehlen tüchtiger Arbeitskräfte. Auf diese Gründe hin sei dann unter Hinweis auf die Unmöglichkeit der Fortsetzung der Reise, also auf die Unmöglichkeit der Reparatur, vom Gerichte die Condemnation ausgesprochen worden. Wären aber selbst jene Schwierigkeiten zu beseitigen gewesen, so hätte man doch die für die Reparatur erforderliche Summe von 20—25,000 Dollars weder durch Bodmerei, noch sonst wie herbeischaffen können. Ueberdies seien die Assecuradeurs bei dem Condemnationsverfahren vertreten gewesen, ja, ihr eigener Vertreter habe dieselbe beim Gerichte beantragt. Endlich habe der Verkauf im Interesse der Assecuradeurs gelegen, da ihr Beitrag im Falle der Reparatur größer gewesen sein würde, als der jetzt zu ersetzende Totalschaden.

Die Beklagten dupliciren: die Mitwirkung des Handelsgerichts in San Jago de Cuba sei ohne Bedeutung, da die Irreparabilität durch die Sachverständigen constatirt sein müsse. Das Verfahren des Escorriara könne ihnen nicht präjudiciren; derselbe könne als ihr Vertreter nicht angesehen werden. Die angebliche Zweckmäßigkeit des Verkaufs im Interesse der Versicherer sei irrelevant und liege überdies nicht vor, da nach der einzig entscheidenden Reparaturtaxe der Aelterleute von ca. 4000 $ das Resultat für dieselben ein ungleich besseres gewesen sein würde. Die Angabe des Klägers, daß die Reparaturkosten 20—25,000 Dollars betragen haben würden, beruhe auf angeblichen ganz vagen Aeußerungen der Sachverständigen. Der Mangel an Docks sei nicht entscheidend, da kein Sachverständiger dieselben für nothwendig erklärt habe; der Mangel an Kielleichtern und an Arbeitskräften eine reine Erfindung. Ein Geldmangel sei nicht erwiesen und nicht entscheidend. — In Betreff der

Seetüchtigkeit des Schiffes komme es auf die Abreise desselben von Aux Cayes an, da das Schiff immer da seetüchtig sein müsse, wo es sich aufs Neue nach beendeter früherer Reise anschicke, Güter über See zu bringen (§ 47 des Allg. Plans). Hieran ändere auch die Zeitversicherung nichts, da hier jede in dieselbe hineinfallende Reise unterschieden werden müsse.

Die erste Kammer des Handelsgerichts, Präses: Herr Dr. Versmann, Richter: die Herren Hundeiker und Schuldt, erkannte am 11. Februar 1861:

da die für die Frage der Reparabilität des in Rede stehenden Schiffes „Albert" maßgebenden Berichte der zur Untersuchung der Havarie und Taxation der Reparaturkosten vom Handelsgerichte zu St. Jago de Cuba ordnungsmäßig ernannten oberalten Meister der Schiffsbauer, der Schiffszimmerer und der Segelmacher (vergl. das Gesuch des Capt. Hansen und das darauf erfolgte Decret vom 21. Januar 1859, Beilagenheft B, Document 4, S. 3 u. 4) darüber keine Zweifel lassen, daß das Schiff reparabel gewesen und daß die Reparatur in St. Jago beschafft werden konnte, indem, wenn auch der oberalte Meister der Schiffsbauer Garcia in seinem Separatbericht vom 11. Februar (l. c. S. 12) das Aeußere des Schiffes nur bis zur Wasserlinie untersucht zu haben erklärt und deshalb seinem Bericht die Bemerkung hinzufügt, daß die von ihm als erforderlich taxirten 22 neuen Planken nur die der Berghölzer seien, da es unbekannt sei, wie viele in dem Boden sich ergeben mögen, welche im Verhältniß mit den übrigen vergütet werden müßten, — doch die Separat-Berichte und die Taxen des oberalten Meisters der Segelmacher Castilla und namentlich des oberalten Meisters der Schiffszimmerer Saltarem klar ergeben, daß jede erforderliche Reparatur des Schiffes in St. Jago ausgeführt werden konnte, wie denn namentlich der Letztere (l. c. S. 13), welcher erklärte, das Schiff innerhalb und außerhalb sorgfältig untersucht zu haben, gerade diejenigen Reparaturen angiebt und taxirt, welche sich auf die Herstellung des Bodens des Schiffes beziehen, — da, so viel der Bericht der beiden Capitaine Fernandez und Aguirre vom 19. Februar betrifft, zuvörderst in Betracht kommt, daß dieselben nach Inhalt des Gesuchs des Capt. Hansen vom 15. Februar und des darauf erfolgten Ernennungs-Decrets vom 16. Februar (l. c. S. 14—16) keineswegs zur abermaligen Untersuchung und Taxirung der erlittenen Havarie, sondern in Gemäßheit des § 955 des Spanischen-Gesetzbuchs zur Taxirung des Schiffs in beschädigtem Zustand ernannt sind, sodann aber hervorzuheben ist, daß diese Capitaine, wenn ihr Bericht auch in erheblichen Punkten von dem Gutachten der früheren Besichtiger abweicht, ja mit demselben in Widerspruch steht, doch eben so wenig wie jene früheren Besichtiger von einer Unmöglichkeit der Reparatur reden, sondern lediglich angeben, daß die Kosten derselben mehr als den doppelten Werth des Schiffs betragen, also unverhältnißmäßig groß sein würden (l. c. S. 20);

da ferner auch der Capt. Hansen zur Begründung seines am 28. Februar beim Handelsgericht eingereichten Gesuchs um Bestellung eines Repräsentanten der unbekannten Versicherer (l. c. S. 22) lediglich die große Verschlechterung des Schiffes und die hohe zur Reparation nöthige Summe geltend macht;

bis denn der am 12. März zum Repräsentanten ernannte Escorriara in seinen am 30. März beim Handelsgericht eingereichten Gesuch (l. c. S. 30) um Befugung zur Verschiffung der Ladung mit einem andern Schiffe und zum bestmöglichsten Verkauf des Alberts, zuerst des totalen Mangels an Docks und Kielleichtern und der Sparsamkeit tüchtiger Arbeiter Erwähnung thut, aber nur um seine Ansicht, daß die Reparatur sehr lange dauern und durch diese Verzögerung die Ladung erheblichen Schaden leiden würde, zu begründen;

der Capt. Hansen sich diesem Gesuch am 31. März (l. c. S. 33) unter Hinweis auf „die Schwierigkeiten oder Unmöglichkeit der man hier begegnen würde bei einer Reparation der Art, wie sie der Albert von nöthen habe," anschließt;

und endlich das Handelsgericht durch Decret vom 5. April (l. c. S. 34—36) die Versegelung des Albert in den Nothhafen für rechtmäßig erklärt, auch „da der Defensor der eigentlichen Betheiligten und Capt. Hansen ausdrücklich darum anhalten, daß man sie ermächtige in Vereinigung zur Befrachtung eines andern Schiffes zu schreiten, (um die Ladung den aus längerer Verzögerung zu be-

fürchtenden Schäden zu entziehen) und die Unmöglichkeit in der das Schiff sich befindet, um die Reise fortzusetzen in Betracht genommen, um dessen Verkauf sie beide anhalten," in diese Forderung der eigentlichen Betheiligten einwilligt;

da hienach überall kein Ausspruch von Sachverständigen des Inhalts vorliegt, daß das Schiff Albert zur Reparatur unfähig befunden worden, oder daß die Reparatur nach den Umständen nicht habe beschafft werden können, wie denn auch die — übrigens wenig relevanten — nachträglichen Erklärungen der oberalten Meister (s. Beilagenheft B, Document 2, S. 10—12) diese Behauptung nicht einmal enthalten;

da also die Erfordernisse einer nach den Bedingungen des Allgemeinen Plans hamburgischer See-Versicherungen § 11a und § 114 die Assecuradeure zur Bezahlung des Schadens nach der Taxe der Police verpflichtenden Condemnation des Schiffes Albert nicht vorliegen;

da auch der Umstand, daß der Verkauf des Schiffes von dem competenten Gericht im Nothhafen, welches die ganze Havarie-Angelegenheit geleitet hat, gestattet worden, daß den Versicherern von diesem Gericht vorher ein Defensor bestellt und daß dem Capitain in Rücksicht auf das ganze Verfahren schwerlich ein Vorwurf zu machen sein dürfte, das vertragsmäßige Verhältniß der Parteien nicht ändern kann;

da es endlich freilich keinem Zweifel unterliegt, daß die Beklagten den Schaden ohne Weiteres nach der Policentaxe zu vergüten haben würden, wenn eine über die erforderlichen Reparaturen von autorisirten Sachverständigen aufgemachte Schätzung auswiese, daß der Verkauf des Schiffes im Interesse der Beklagten gelegen habe, indem in diesem Fall gegen die auf die Vorschriften des Allgemeinen Plans gestützten Einwendungen der Versicherer die replica doli durchgreifen würde;

da aber im vorliegenden Fall eine ordnungsmäßige Reparaturtaxe nur bis zum Belauf von 4804 Pesos vorliegt, während die vom Kläger mehrfach hervorgehobene Summe von 20 bis 25,000 Pesos ursprünglich auf einer angeblichen Mittheilung beruht, die dem Capt. Hansen von seinem Consignatair in St. Jago de Cuba in Betreff derjenigen Aeußerungen gemacht worden, welche die Capitaine Fernandez und Aguirre bei der in Gegenwart des Hansen und seines Consignatairs vorgenommenen Untersuchung des Schiffes gethan haben sollen, sowie ferner auf den nachträglich abgegebenen ganz vagen Erklärungen der oberalten Meister Saltarem, Garcia und Castilla, welche nur dahin gehen, (s. Anlagenheft B, Document 2, S. 10—12), daß eine allgemeine Verzimmerung eines Schiffes wie der Albert in St. Jago de Cuba nicht unter 20 bis 25000 Pesos beschafft werden könne;

da es bei dieser Sachlage einer Entscheidung über das eventuelle Vorbringen der Beklagten, daß die Condemnation des Albert auf Grund von Altersschäden erfolgt und daß das Schiff bei seiner Abfahrt von Aux Cayes nicht seetüchtig gewesen sei, nicht bedarf;

daß mandatario nomine Kläger mit seiner vorliegenden, auf die stattgehabte Condemnation des Schiffes Albert begründeten Klage, unter Verurtheilung in die Proceßkosten, abzuweisen sei.

Auf klägerische Apellation erkannte das Obergericht am 14. April 1862:

daß unter Aufhebung des angefochtenen handelsgerichtlichen Erkenntnisses vom 11. Februar v. J. und unter Compensation der Kosten dieser Instanz die Beklagten schuldig seien, dem Kläger die eingeklagten Beträge sammt Zinsen seit dem Klagetage zu bezahlen, sie wollten und könnten denn — Kläger Gegenbeweis vorbehältlich — beweisen:

1. die Beklagten Conrad Auffm' Ordt (in Vollmacht der neuen 3. Assecuranz-Compagnie) und H. A. Holle (in Vollmacht der Patriotischen Assecuranz-Compagnie)
   daß das Schiff „Albert," Capitain Hansen, als es seine Reise von Aux Cayes nach Europa antrat,
2. die übrigen Beklagten
   daß das genannte Schiff, als es seine Reise von Fledwood nach Aux Cayes antrat, sich in einem seeuntüchtigen Zustande befunden habe.

Die Sache ist mit den wieder zu versiegelnden Acten zu remittiren.

Gründe.

Durch den Beschluß des Handelsgerichts zu Cuba vom 5. April 1859 ist der Capitain Hansen zum Verkaufe des beschädigten Schiffes „Albert" ermächtigt, „weil dasselbe sich in der Unmöglichkeit befinde, die Reise fortzusetzen."

Daß hiermit nur habe gesagt werden sollen, es sei unthunlich, mit dem Schiffe in dessen derzeitigem beschädigten Zustande wieder in See zu gehen, läßt sich nicht annehmen. Zwar ist diese Thatsache richtig und unbestritten, allein sie konnte offenbar keinen Grund für den bewilligten Verkauf abgeben, der doch unverkennbar in jener gerichtsseitig bekundeten Unmöglichkeit enthalten sein soll. Nach dem ganzen Zusammenhange können daher die fraglichen Worte nur dahin verstanden werden, daß sich das in den Nothhafen eingelaufene Schiff nicht wieder in den zur Fortsetzung der Reise geeigneten Stand setzen lasse und daß deshalb der beantragte Verkauf zu gestatten sei.

Eine formelle Condemnation liegt demnach vor und es kommt nur darauf an, ob dieselbe den materiellen Voraussetzungen des Allgemeinen Planes entspricht.

Da in dem vorliegenden Falle von einer sogenannten absoluten Reparaturunfähigkeit keine Rede sein kann, so ist zu prüfen, ob aus der gerichtlichen Condemnation erhelle, daß die Reparatur an dem Orte, wo sich das beschädigte Schiff befand, nicht zu beschaffen und eben deshalb unmöglich war. Diese Frage muß bejaht werden, indem die Relevanz der Thatsachen, auf welche die Condemnation sich stützt, nicht füglich bezweifelt werden, die Richtigkeit derselben aber als genügend constatirt gelten kann.

Was den ersten Punkt betrifft, so verweiset die Condemnation:

1. auf die von den Oberalten der Schiffsbauer, Schiffszimmerleute und Segelmacher vorgenommenen Taxationen;
2. auf die Untersuchungen der Capitaine Vipiano Fernandez und Ramon Aguirre,
3. auf die Angaben des gerichtsseitig für die Betheiligten ernannten Vertreters Euripides de Escorriara und des Capitains Hansen.

Die sub 1 erwähnten Sachverständigen haben die Kosten der Reparaturen, welche sie auf den Grund einer ersten Besichtigung für erforderlich hielten, auf ca. 4800 Pesos geschätzt.

Die sub 2 genannten beiden Capitaine bekunden: „daß sie bei sorgfältiger Untersuchung den Boden des Schiffes durchaus unbrauchbar gefunden, sowohl rücksichtlich der Planken-Bekleidung als ihrer Verbolzung und Eisen.

Daß der Werth des Schiffes im gegenwärtigen Zustande 4000—4200 Pesos betrage; daß die Minimal-Unkosten der Reparaturen, taxirt durch die Oberalten, mehr als des Schiffes augenblicklichen Werth, diejenigen aber, die es wirklich fordern würde, mehr als den doppelten Werth des Schiffes betrügen."

In den sub 3 erwähnten Eingaben wird außer der unerhörten Höhe der Kosten der Mangel nicht nur an tüchtigen Arbeitern, sondern auch an Docks und Kielleichtern hervorgehoben und daraus die Unmöglichkeit der Reparatur, die Nothwendigkeit des Verkaufs hergeleitet.

Läßt sich nun auch aus der Taxation der Oberalten kein die Veräußerung rechtfertigender Grund entnehmen, so muß doch der Ausspruch des condemnirenden Gerichts durch die sub 2 und 3 erwähnten Thatsachen — deren Richtigkeit vorausgesetzt — für genügend motivirt erklärt und angenommen werden, daß eine Reparaturunfähigkeit im Sinne des Allgem Planes § 114 vorliege.

Obschon nämlich nicht zu bezweifeln steht, daß Zweckmäßigkeitsgründe an sich den Verkauf des beschädigten Schiffes dem Versicherer gegenüber nicht rechtfertigen, so darf man doch den § 114 l. c. nicht auf den Fall einer physischen Unmöglichkeit beschränken. Insbesondere ist eine sogenannte relative Reparaturunfähigkeit nicht nur in dem Falle anzunehmen, wenn an dem Orte, wo sich das Schiff befindet, menschliche Kräfte überhaupt zur Wiederherstellung nicht ausreichen würden, sondern auch in dem Falle, wenn daselbst zur Zeit die Einrichtungen fehlen, ohne deren Vorhandensein und Benutzung der Einzelne die Reparatur nicht beschaffen kann. Denn bei der Beantwortung der Frage, ob die Vornahme einer Handlung dem Einzelnen möglich sei oder nicht, wird die Existenz der nothwendigen öffentlichen Anlagen, die Bereitschaft der nicht von ihm zu schaffenden Hülfsmittel vorausgesetzt.

Daß der Allgem. Plan die Reparaturunfähigkeit in gleicher Weise auffaßt, ergiebt sich aus dessen sonstigen Bestimmungen.

Das nicht condemnirte Schiff soll nach Maaßgabe § 102 l. c. reparirt werden, der Reparatur soll mithin eine Besichtigung und Taxation vorangehen. Nun liegt es in der Natur der Sache, daß eine derartige Schätzung nur dann erfolgen kann, wenn man sich dabei auf die Erfahrung zu stützen vermag, also an einem bestimmten Orte nur dann, wenn Arbeiten, wie die zu schätzenden, daselbst ausgeführt werden können und wirklich ausgeführt sind. Müßten dagegen wesentliche Einrichtungen erst für den einzelnen Fall getroffen werden, so mag immerhin ein ungefährer Anschlag der muthmaßlichen Kosten möglich sein; eine Schätzung, welche die Gewähr einer wenigstens annähernden Richtigkeit bieten soll, ist darin nicht zu erblicken. Auf derartige Fälle leidet demnach

die Bestimmung des § 102 und 114 l. c. keine Anwendung.

Damit stimmt der § 121 l. c. überein, welcher den Versicherten verpflichtet, auf des Versicherers Gefahr und Kosten allen Schaden abzuwenden, das Schiff zu conserviren und dessen Bestes zu befördern. Der Versicherte hat sich hiernach als Geschäftsführer des Versicherers zu betrachten. Würde derselbe nun eine erhebliche Reparatur in Angriff nehmen, ohne vorher auch nur mit einiger Sicherheit bestimmen zu können, wie hoch sich die Kosten für die erforderlichen neuen Einrichtungen und sonst herbeizuschaffenden Hülfsmittel belaufen möchten, so wäre in solchem Verfahren nicht die Handlungsweise eines Geschäftsführers zu erblicken, sondern ein Wagniß, das Jeder auf eigne Gefahr unternimmt. Wie also einerseits der ohnehin durch § 114 geschützte Versicherer den Ersatz derartiger Kosten, welche möglicherweise jedes verständige Maß und Ziel überschreiten können, verweigern dürfte, so kann andererseits der Versicherte nicht für verpflichtet gelten, sich auf solche gewagte und unberechenbare Unternehmungen einzulassen.

Demgemäß erscheint die Handlungsweise des Schiffers Hansen auch dem Versicherer gegenüber gerechtfertigt, wenn der Zustand des Schiffes eine Aufzimmerung nöthig machte und die hierzu erforderlichen Einrichtungen, insbesondere Docks, am betreffenden Orte nicht vorhanden waren.

Es kommt mithin auf die fernere Frage an, ob diese Voraussetzung genügend constatirt sei.

Der Zustand des Schiffes und die Nothwendigkeit der gedachten umfassenden Reparatur wird durch das Gutachten der beiden Capitaine Fernandez und Aguirre außer Zweifel gesetzt. — Die Beklagten wenden mit Unrecht ein, daß diese Sachverständigen lediglich den Werth des beschädigten Schiffes zu schätzen hatten. Denn eine solche Schätzung ist an sich schon ohne genaue Untersuchung nicht ausführbar und außerdem wurde gerichtsseitig den beiden Capitainen diese Untersuchung ausdrücklich als Gegenstand ihrer Aufgabe bezeichnet. Dieselben hatten sich daher namentlich über den Zustand des Schiffes zu äußern, was mit der Frage: welche Reparaturen dieser Zustand erheische, fast identisch ist, jedenfalls damit im engsten Zusammenhange steht. Da die persönliche Befähigung der Capitaine, über den Umfang der nothwendigen Reparaturen ein sachkundiges Urtheil zu fällen, nicht zu bezweifeln ist, so kann auf den obigen formellen Einwand weiter keine Rücksicht genommen werden. — Ebensowenig unterliegt der Inhalt des Gutachtens einem erheblichen materiellen Bedenken. Insbesondere ist ein Widerspruch mit den Angaben der Oberalten unerfindlich, indem es nach allen Umständen als gewiß angesehen werden darf, daß letztere nicht so genau und vollständig prüften, wie dies hinterher von den beiden Capitainen bei deren sorgfältiger Besichtigung geschah.

Was den Mangel der erforderlichen Einrichtungen betrifft, so würden freilich die Behauptungen des Vertreters der Betheiligten, de Escorriara, sowie des Capitains Hansen zu einer Nachweisung nicht genügen. Dagegen kommt in Betracht, daß das condemnirende Gericht, indem dasselbe die Reparatur aus diesem Grunde für unmöglich erklärte, die Richtigkeit jener Angaben bestätigte. Dem gedachten Handelsgerichte darf aber ohne Weiteres die erforderliche Sach- und Ortskunde zugetraut werden, um über die noch in Betracht kommenden Fragen auch ohne Zuziehung von sonstigen Sachverständigen urtheilen zu können. Das Anerkenntniß jenes Gerichts kann daher füglich als eine von gesetzlich autorisirten Sachverständigen erfolgte gutachtliche Aeußerung gelten.

Der Annahme einer relativen Reparaturunfähigkeit steht es auch nicht entgegen, daß in den beigebrachten Documenten der Kosten Erwähnung geschieht, welche die fragliche Wiederherstellung des Schiffes verursachen würde. Denn die unbestimmten Angaben, daß der Aufwand für diese Herstellung den Werth des Schiffes um das Doppelte übersteigen, 18,000, 20,000, 25,000 Pesos kosten würde u. s. w., lassen zur Genüge ersehen, daß hierin nicht eine Taxation, sondern eine schon oben erwähnte muthmaßliche Schätzung enthalten ist, bei welcher es völlig dahin gestellt bleibt, ob demnächst die Ausführung gelingen und ob nicht wenigstens ein noch weit höherer Kostenaufwand erforderlich sein werde. Durch derartige Veranschlagungen wird daher die Rechtsbeständigkeit der Condemnation nicht erschüttert; dieselbe findet außerdem eine Bestärkung in dem Umstande, daß in den gerichtsseitig verfügten Auctionen kein Gebot erfolgte und deshalb ein Verkauf der einzelnen Schiffsparcele vorgenommen werden mußte.

Da nach den bisherigen Erörterungen der klägerische Anspruch als begründet erscheint, so bleibt nur noch die Erheblichkeit der von den Beklagten erhobenen Einwendungen zu erwägen:

1. daß die Taxe wesentlich übersetzt,
2. daß die Reparatur in Folge alter Schäden nothwendig geworden,
3. daß das Schiff nicht seefähig gewesen sei.

Die erste Einrede kann wegen Mangels jeder näheren thatsächlichen Begründung nicht weiter beachtet werden.

Der zweite Einwand ist unbegründet. Nach dem Inhalte des von den beiden Capitainen abgegebenen Gutachtens handelt es sich nicht oder doch nicht vorzugsweise um Schäden, von denen bestimmte einzelne Theile des Schiffes betroffen wären, vielmehr ist die Nothwendigkeit einer allgemeinen Aufzimmerung dadurch herbeigeführt, daß

der Zusammenhang der einzelnen Bestandtheile sich gelöst und dadurch das Ganze seinen Halt verloren hat. Diese Folge verweiset daher auf den allgemeinen Zustand des Schiffes als ihren Grund zurück. Nun ist es allerdings unbestreitbar, daß ein älteres Schiff dem Winde und den Wellen weniger gut zu widerstehen vermag, als ein neueres. Allein diese gradweise Abstufung der Widerstandsfähigkeit findet ihre Ausgleichung in der höheren oder geringeren Prämie und weitere Folgen lassen sich nur dann an diesen Umstand knüpfen, wenn die Tüchtigkeit des Schiffes geringer ist, als sie der Versicherer unter allen Umständen beanspruchen kann. Die fragliche Einrede fällt daher, in so weit sie erheblich ist, mit der Behauptung der Seeuntüchtigkeit zusammen; in so weit sie darüber hinausgeht muß sie verworfen werden.

Was den dritten Einwand betrifft, so steht die Relevanz nicht zu bezweifeln, den Beweis werden die Beklagten zu erbringen haben. Denn sind gleich die von dem Kläger hervorgehobenen Umstände in Verbindung mit dem Atteste des Hafen-Capitains de Casas vom 25. Februar 1859 nicht geeignet, das Gegentheil der beklagtischen Behauptung für gewiß anzunehmen, so genügen sie doch, um den Kläger vorläufig von einer weiteren Nachweisung zu befreien.

Es fragt sich mithin schließlich, wie der Beweis zu normiren sei, da Zeitversicherungen vorliegen, welche theils mit dem 12. October 1858, als das Schiff bereits von Fledwood nach Aux Cayes abgesegelt war, theils mit der Ankunft des Schiffes in Aux Cayes beginnen.

Unbestritten haftet der Versicherte dafür, daß das versicherte Schiff bei dem Beginne der Versicherung im seetüchtigen Zustande sei, wogegen eine im Laufe der Versicherung eintretende Seeuntüchtigkeit den Versicherer nur dann zu einer Einrede berechtigen kann, wenn den Versicherten bezüglich dieses Mangels oder dessen Beseitigung ein Verschulden trifft. Es fehlt an genügenden Gründen, um in Ermangelung besonderer Gesetze oder Verabredungen den obigen Grundsatz nicht auch auf Zeitversicherungen zur Anwendung zu bringen. Dagegen liegt eine eigenthümliche Schwierigkeit in der Beantwortung der Frage, nach welchem Maßstabe die Seetüchtigkeit bemessen werden soll. Bei der Versicherung einer Reise muß das Schiff tüchtig sein, um eben diese Reise bestehen zu können. Wird eine combinirte Reise versichert, so muß der Schiffskörper so beschaffen sein, daß er während der Dauer der Gesammtreise Wind und Wellen zu widerstehen vermag. Dagegen kann und wird sich auch hier die sonstige Ausrüstung auf die einzelnen Frachtreisen beziehen, welche nur Abschnitte der einen versicherten Reise bilden. Ist also im Laufe der Versicherung bezüglich dieser späteren Ausrüstung das Genügende nicht geschehen, so bleibt der Versicherer dennoch verantwortlich, falls den Versicherten persönlich kein Verschulden trifft. In gleicher Weise werden Zeitversicherungen zu beurtheilen sein, da es an sich keinen Unterschied machen kann, ob ein Schiff für eine Reihe bestimmter Reisen oder für die im Allgemeinen bezeichneten Reisen versichert ist, welche dasselbe im Laufe eines Jahres seiner Bestimmung gemäß machen wird. Nur bei einer derartigen Auffassung ist es möglich, daß der Versicherer, auch wenn eine oder mehrere Reisen bereits überstanden sind, in einem folgenden Abschnitte noch mit dem Einwande der bei Beginn der Versicherung nicht vorhanden gewesenen Seefähigkeit hervortreten und Gehör finden kann.

Demgemäß haben die Versicherer, deren Versicherung in Aux Cayes zu laufen begann, zur Begründung ihrer Einrede darzuthun, daß der „Albert" bei seiner Abfahrt von diesem Orte nicht seefähig gewesen sei. Bezüglich der andern mit dem 12. October 1858 beginnenden Versicherung muß dieser Nachweis auf die Abfahrt von Fledwood verstellt werden. In der betreffenden Police ist auf diese am 25. September 1858 erfolgte Abfahrt ausdrücklich Bezug genommen und es läßt sich daher annehmen, der Abschluß sei unter der Voraussetzung und mit der stillschweigenden Zusage des Versicherten erfolgt, daß der „Albert" Fledwood im seetüchtigen Zustande verließ. Für die Beklagten kann in diesem Zurückgehen auf einen früheren Zeitmoment kein Grund zur Beschwerde liegen, da weder ihrerseits noch sonst eine Andeutung vorhanden ist, daß der Zustand des Schiffes seit der Abfahrt von Fledwood bis zum Beginn der Versicherung irgend eine hier in Betracht kommende Veränderung erlitten habe.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 19. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 10. Mai. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Voß c. Mertens. — Schulz c. Ibsen. — Obergericht: Meyer c. Pelzer. — Niedergericht: Stempner c. Voges — Präturen: Peters c. Wedde und Reitendiener-Brüderschaft.

Handelsgericht.

No. 32.

Erste Kammer. Audienz vom 5. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; **Richter:** die Herren Mutzenbecher und Durrieu.

J. Voß (Dr. Feldmann) gegen J. H. D. Mertens (Dr. D. Herz).

Der Kläger verlangt die Zahlung von Bcoℳ 1500 laut Wechsels (Anlage 1), nebst Zinsen und Kosten. Die Anlage 1 ist ein vom Beklagten an die Ordre des Klägers ausgestellter, am 2. Mai 1861 verfallener Solawechsel über Bcoℳ 1500 in Preußischen Thalern à 2 ℳ Bco., auf dessen Rückseite sich folgende, vom Beklagten unterzeichnete Bemerkung befindet: „Der umstehende Wechsel von Bcoℳ 1500 valedirt als fernere Sicherheit eines Hauspostens von gleicher Summe, eingeschrieben in meinem Erbe am Burgfelde, auf Namen des Herrn Johann Voß, und ist bei Zahlung dieses Wechsels sowohl der Wechsel zurückzugeben, als auf Ordre des Unterzeichneten der oben bezeichnete Posten zu tilgen, ohne jedweden Anspruch auf Zinsen."

Der Beklagte entgegnet: Der Kläger sei zur Anstellung einer Wechselklage nicht berechtigt, da aus der Anlage 1 selbst hervorgehe, daß dieselbe nur als Sicherheit für einen Hausposten, der auf den Namen des Klägers in seinem Erbe eingeschrieben stehe, gegeben worden und der Kläger bei Zahlung derselben verpflichtet sei, sowohl die Anlage 1 zurückzugeben, als auch den Posten zu tilgen. Er erwarte daher, daß der Kläger auf die Schreiberei gehe und den Posten gegen die hiemit offerirte Zahlung der 750 ℛ à 2 ℳ Bco. tilge, daß dagegen die erhobene Wechselklage abgewiesen werde. Keinenfalls könne der Kläger die Vergütung von Zinsen verlangen, da die Anlage 1 jeden derartigen Anspruch ausdrücklich ausschließe.

Der Kläger beruft sich gegen die vorgebrachten Einreden auf das formelle Wechselrecht. Die Bemerkung auf der Rückseite des Wechsels könne höchstens die Wirkung haben, daß er verpflichtet werde, nach Empfang der Wechselsumme seinem Versprechen nachzukommen und den Hausposten nach Aufgabe des Beklagten zu tilgen, wie er das schon wiederholt angeboten habe. Schlimmsten Falls würde der Beklagte sich mit dem Gelde auf der Schreiberei einzufinden und er (Kläger) dort gegen Empfang der eingeklagten Summe

den Posten zu tilgen haben. Unter den von ihm geforderten Zinsen seien nur Verzugszinsen, vom Klagetage an, zu verstehen.

Der Beklagte duplicirt: Kläger werde erst dann aus der Anlage 1 klagen können, wenn er den Posten gekündigt habe und aus demselben nicht befriedigt worden sei. Uebrigens sei er jedenfalls abzuweisen, da er jetzt selbst einräume, daß auf der Schreiberei gegen Tilgung des Hauspostens gezahlt werden müsse, diese Tilgung in der Citation aber nicht offerirt worden sei.

Erkannt:

da der Beklagte in der Anlage 1 es sich ausbedungen hat, daß gegen die Zahlung der Bco℔ 1500 ein auf sein Grundstück eingetragener Hypothekposten getilgt werde, in Rücksicht auf diese Bedingung aber die Anlage 1, wenn sie auch sonst den Erfordernissen eines Wechsels entspricht, nicht als ein solcher betrachtet werden kann, indem doch mit der rechtlichen Natur einer Wechselschuld es schlechthin unvereinbar ist, daß die Zahlungspflicht des Schuldners von einer Gegenleistung des Gläubigers abhängig gemacht werde, es sei denn diese Gegenleistung eine solche, welche — wie die Verpflichtung des Gläubigers zur Aushändigung und Quittirung des Wechsels — ohnehin schon gesetzlich dem Gläubiger obliegt;

da hiernach eine wechselmäßige Verbindlichkeit des Beklagten aus der Anlage 1 nicht abgeleitet werden kann und somit für die hier erhobene Wechselklage es irrelevant erscheinen muß, daß Kläger replicando sich zur Tilgung des Hypothekpostens erboten hat:

daß Kläger mit der von ihm erhobenen Wechselklage, unter Verurtheilung in die Proceßkosten, abzuweisen.

No. 33.

Erste Kammer. Audienz vom 14. April 1862.
Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Mutzenbecher und Abegg.

C. L. Ibsen (Dr. Heinsen) gegen J. H. D. Schulz (Dr. D. Hertz).

Der Kläger verlangt die Bezahlung von pro resto Bco℔ 70 laut Wechsels (Anl. 1) und Protestes (Anl 2), sammt Zinsen und Kosten. Die Anlage 1 ist ein von L. von Beyer am 15. September 1861 ausgestellter eigener Wechsel über Bco℔ 120, 3 Monat nach Dato, an die Ordre von Richard Ludwig; auf der Rückseite befinden sich die Indossamente von Richard Ludwig, J. H. D. Schulz, C. L. Ibsen und Israel Joseph.*)

Der Beklagte entgegnet: Der Aussteller L. von Beyer habe an einen früheren Inhaber des Wechsels schon den vollen Betrag des Wechsels bezahlt, dieser jedoch einen Theil des empfangenen Geldes auf die Kosten abgerechnet; Letzteres sei aber ihm, als Indossanten, gegenüber nicht zulässig. Eventuell opponire er die Einrede des verlorenen Regresses, weil der Protest nicht, wie die Wechsel-Ordnung ausdrücklich vorschreibe, angebe, an welchem Orte Protest erhoben worden; denn aus der allgemeinen Angabe „in der Wohnung des Ausstellers", ohne Bezeichnung der Straße und Hausnummer, erhelle nicht, daß der Wechsel in der richtigen Wohnung vorgezeigt und protestirt sei, zumal da nicht einmal feststehe, ob die von dem Notar dort angetroffene Frau auch wirklich die Mutter des Ausstellers gewesen. In pessimum eventum schütze er die Einrede der Verjährung vor, da die drei Monate, nach deren Ablauf dieselbe eintrete, schon verstrichen seien.

Der Kläger erwidert: Der Gegner könne sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte hervorgingen oder ihm gegen den jedesmaligen Kläger zuständen; Beides sei bei der Einrede der

---

*) Die Anlage 2 lautet: „Im Jahre 1861 am 18. Decbr. habe ich, Hermann Hieronymus Sylvester Sillem, J. U. Dr. und öffentlicher Notar dieser freien Hansestadt Hamburg, auf Requisition des hiesigen Geldwechslers Herrn Israel Joseph den vorstehenden eigenen Wechsel bei dem Herrn L. von Beyer hieselbst in dessen Wohnung zur Zahlung vorgezeigt, da mir aber eine Dame, ihrer Angabe nach die Mutter des Ausstellers, alldort erwiderte: „Ihr Sohn sei augenblicklich nicht zu Hause, sie werde denselben baldmöglichst von meinem Begehren in Kenntniß setzen," habe ich wegen nicht geschehener Zahlung des gedachten Wechsels protestirt und des Herrn Requirenten Rechte . . . . nach Wechselrecht reservirt."

Zahlung abseiten eines Dritten an einen Dritten nicht der Fall; überdies sei diese Einrede auch völlig illiquide und schon deshalb nicht zu beachten. Die Wohnung des Ausstellers sei im Proteste als derjenige Ort, an welchem protestirt worden, deutlich angegeben, und das müsse genügen; übrigens müsse der Notar auch wohl in der richtigen Wohnung gewesen sein, da sonst der Aussteller schwerlich gewußt hätte, an wen er zu zahlen hatte und diese Zahlung doch vom Beklagten selbst als geschehen behauptet werde. Die Verjährung beginne gegen den Kläger, wie Art. 79 der Wechsel-Ordnung *) deutlich sage, erst am Tage der ihm zugekommenen Ladung; diese sei aber ausweise des auf dem Wechsel befindlichen handelsgerichtlichen Stempels, sowie der Proceßacten in Sachen des früheren Wechselinhabers gegen ihn (den jetzigen Kläger), welche er beibringe, erst am 15. März erfolgt.

Der Beklagte duplicirt: Auf die replicando beigebrachten Acten, die er gar nicht einmal gesehen, lasse er sich durchaus nicht ein. Wenn der Kläger aber sage, daß erst von dem Augenblicke, wo er (Kläger) belangt worden, die Verjährung gegen ihn laufe, so hätte er das gleich bei Anstellung seiner Klage angeben müssen.

Erkannt:

Da der beigebrachte Protest den gesetzlichen Vorschriften vollkommen entspricht, die Einrede der Verjährung durch die vom Kläger replicando beigebrachten Acten als unbegründet nachgewiesen worden ist und die Einrede, daß der Wechsel von dem Acceptanten vollständig eingelöst sei, als gänzlich illiquide in diesem Processe keine Beachtung finden kann:

daß Beklagter — unter Verweisung mit der zuletzt genannten Einrede ad separatum — schuldig sei, die als Restbetrag auf den Wechsel, Anl. 1, eingeklagten Bco℔ 70 nebst den Zinsen dieser Summe vom Verfalltage, dem 15. December v. J., und den Protestkosten dem Kläger sofort zu bezahlen, auch die Sache zur Execution zu verweisen, die Proceßkosten jedoch zu compensiren.

Auf beklagtisches Restitutionsgesuch erkannte die zweite Kammer des Handelsgerichts (Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Vogler und Siemssen) am 26. April 1862:

Da die Angabe des Ortes, woselbst die Aufforderung geschehen, im Proteste deshalb vorgeschrieben worden, um aus ihm ersehen zu können, ob die Vorschriften des Art. 91 der Wechsel-Ordnung *) beachtet worden, somit eine Angabe darüber genügt, ob im Geschäftslocale oder in der Wohnung oder ob an einem anderen Orte und unter welchen Umständen daselbst protestirt worden sei, ohne daß es dabei einer specielleren Bezeichnung der Localität durch Anführung der Gasse und der Nummer des Hauses bedarf;

vergl. Kletke's Rechtssätze p. 1857—1859, No. 530;
Dessen Encyclopädie des gesammten europäischen Wechselrechts, Bd. 2, Pag. 209;
Hoffmann, Allgemeine Erläuterungen der A. D. W.-O., Pag. 623;

da auch der regredirende Indossant nicht verpflichtet ist, die mögliche Einrede der Verjährung schon bei Anstellung der Klage zu berücksichtigen;

vergl. Hoffmann, l. c. Pag. 566;

da endlich die Einrede der gänzlichen Bezahlung der Wechselschuld durch den Acceptanten mit vollem Rechte als völlig illiquide ad separatum verwiesen worden:

daß das Erkenntniß erster Kammer vom 14. April d. J. unter Verurtheilung des Imploranten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen und die Sache an die erste Kammer zu remittiren.

---

*) Der betreffende Passus lautet: „Gegen den Indossanten läuft die Frist, wenn er, ehe eine Wechselklage gegen ihn angestellt worden, gezahlt hat, vom Tage der Zahlung, in allen übrigen Fällen aber vom Tage der ihm geschehenen Behändigung der Klage oder Ladung.“

*) Der betreffende Passus lautet: „Die Präsentation zur Annahme oder Zahlung, die Protesterhebung, die Abforderung eines Wechselduplicats, sowie alle sonstigen bei einer bestimmten Person vorzunehmenden Acte müssen in deren Geschäftslocal und in Ermangelung eines solchen, in deren Wohnung vorgenommen werden. An einem anderen Orte, z. B. an der Börse, kann dies nur mit beiderseitigem Einverständnisse geschehen.“

Obergericht.

No. 20.

In Sachen C. Meyer gegen H. Pelzer (cfr. No. 2 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 4) hat das Obergericht auf klägerische Appellation am 4. April erkannt:

da der Beklagte nach Maßgabe der producirten Schlußnota die Waare bis spätestens den 5. November abzunehmen hatte;

da ferner die Stipulation der Zahlung „bei Einlieferung der Connossemente" unter Hinweglassung des sonst üblichen Zusatzes „und spätestens beim Ablaufe des Abnahmetermins" mit dem § 2 der Usanzen nur in der Weise in Einklang zu bringen ist, daß wenn — wie hier der Fall — ein Schiff zur Abnahme rechtzeitig angenommen und abgegangen, die vierwöchentliche Frist nach dem Abnahmetermine dem Käufer auch für die zu leistende Zahlung zu Gute kommen solle, dieser Stipulation aber nicht die Bedeutung beigelegt werden kann, daß die Zahlung, falls sich die Abnahme der Waare selbst ohne Schuld des Käufers verzögert, auf völlig unbestimmte Zeit solle hinausgeschoben werden können;

da demnach die Zahlung am 5. December, als vier Wochen nach dem Abnahmetermine, mit Recht verlangt worden ist, demgemäß aber auch die Zinsen nicht vom 5. November, sondern nur vom 5. December an zu adjudiziren:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 6. Januar d. J. wieder aufzuheben und Beklagter schuldig sei, die libellirten Bco℔ 5625 nebst den Verzugszinsen vom Klagetage und den Kosten der ersten Instanz, sowie die Lagermiethe, deren Liquidation vorbehältlich, vom 5. November v. J. an, innerhalb acht Tagen s. p. executionis an den Kläger zu bezahlen, wogegen jedoch dem Beklagten selbstverständlich alle Rechtszuständigkeiten in Betreff der Waare vorbehalten bleiben.

Niedergericht.

No. 5.

In Sachen O. L. H. Stempner gegen F. W. Voges (cfr. No. 10 der „Gerichts-Zeitung", Präturen No. 4) hat in Folge beiderseitiger Supplication gegen das Prätur-Erkenntniß das Niedergericht am 31. März erkannt:

Da der Art. 58 P. IV. Stat. es ausdrücklich von dem freien Willen des Beleidigten abhängig macht, ob derselbe bei einer freiwillig angebotenen Ehrenerklärung aus friedliebendem Gemüthe die Injurienklage einstellen oder ferner mit Rechte ausführen wolle, auch der Beklagte selbst sich nicht nur nicht auf die im Sühnetermin angebotene Abbitte berufen, sondern in der gegenwärtigen Instanz sogar ausdrücklich erklärt hat, daß er dieselbe nur als eine Vergleichs-Offerte betrachtet wissen und jetzt nicht mehr an dieselbe gebunden sein wolle,

da, wie wiederholt, namentlich auch in den von dem Beklagten selbst angeführten Erkenntnissen ausgesprochen ist, die unter Amtsgenossen bei Gelegenheit der Besprechung amtlicher Verhältnisse vorgekommenen Injurien keineswegs zu denjenigen privatrechtlichen Streitigkeiten in Amtsverhältnissen zu rechnen sind, für welche nach §§ 169 u. 170 des General-Aemter-Reglements eine ausschließliche Competenz der Amtspatrone und des Amtsgerichts begründet ist,

da die im § 54 der Special-Rolle vorgeschriebene Strafe von 3 ℔ nur als eine Ordnungsstrafe für die Störung der Amtsversammlung zu betrachten ist, durch welche der Anspruch des Beleidigten auf Privatsatisfaction nicht ausgeschlossen wird;

da die Einrede der Wahrheit in Fällen der vorliegenden Art, wo es sich um ein Urtheil über den sittlichen Werth oder die Handlungsweise eines Menschen handelt, nur dann zulässig erscheint, wenn das gefällte Urtheil sich als die rein logische

Consequenz der angeführten Thatsachen darstellt, was in der gegenwärtigen Sache nicht der Fall ist,

cfr. Erkenntniß des O.-A.-G. in Sachen Proc. Voigt & Cons. c. Herrmann's Erben, Samml. Bd. II. Abth. 1. S. 333,

da somit der Beklagte in die Bezahlung einer Geldsatisfaction zu verurtheilen ist, bei der Ausmessung der Satisfactionssumme jedoch dem Umstand, daß der Beklagte sofort im ersten Termin zu einer Abbitte bereit war, einiger Einfluß einzuräumen ist,

daß das Erkenntniß der ersten Prätur vom 18. Februar d. J. wieder aufzuheben und der Beklagte dem Kläger eine Satisfaction von Crt.ß 30 innerhalb acht Tagen sub poena executionis zu bezahlen, demselben auch die Kosten der ersten Instanz zu erstatten schuldig sei.

Prätur.

No. 10.

F. A. Peters (Dr. Banks) gegen die Wedde (Dr. Johns); sowie Derselbe gegen die Reitendienerbrüderschaft (Dr. Johns).

Peters meldete sich zur Eingehung einer Civilehe auf der Wedde und berichtigte die schragenmäßigen Gebühren. Im Augenblicke, als er zur Schließung der Ehe mit seiner Braut und den Zeugen erschienen, wurden ihm durch den Weddebeamten Reher 6 ß für die Reitendiener abverlangt. Er weigerte sich dessen als einer seiner Ansicht nach ungesetzlichen Forderung, da von einer solchen Abgabe in dem Schragen des Gesetzes über die Civilehen nichts erwähnt sei; und bezahlte dieselben schließlich nur unter Protest, als ihm bedeutet wurde, die Schließung der Ehe könne sonst nicht erfolgen.

Jetzt klagt er gegen die Wedde in Vertretung des Beamten Reher auf Rückzahlung dieser 6 ß.

Die zweite Prätur (Prätor: Herr Dr. Poelchau) erkannte am 6. Januar 1862:

Da darüber kein Streit ist, daß die von dem Beamten Reher erhobenen, von dem Kläger zurückgeforderten Crt.ß 6 nicht für die Staatscasse erhoben wurden, sondern eine Zahlung an die Reitendienerbrüderschaft betrafen, deren Eincassirung herkömmlich — wie dies notorisch ist — von der Wedde besorgt wird, falls sie nicht direct geschah;

da demnach, falls die Klage darauf gegründet sein sollte, daß der Beamte Reher in diesen 6 ß eine Zahlung von dem Kläger empfangen habe, welche dieser der Reitendiener-Brüderschaft nicht schuldete, und also aus dem Grunde der Bereicherung (des habere sine causa) die Rückzahlung von der Wedde in Vertretung ihres Beamten verlangt sein würde, die Wedde als die richtige Beklagte nicht angesehen werden könnte;

da aber auch Kläger mit Bestimmtheit sowohl in der ersten Citation, als in der Replik p. 4 angegeben hat, daß er die Rückzahlung der 6 ß von der Wedde um deswillen verlange, weil er zur Zahlung derselben durch die Drohung des Beamten Reher, daß sonst die Copulation nicht stattfinden werde, bestimmt worden sei;

da demnach der Klagegrund darin gefunden werden muß, daß Kläger wegen des vermeintlich gegen ihn verübten Zwanges Wiederherstellung der Sachlage — nämlich Rückgabe des Erzwungenen — verlangt, und dies Klagfundament als das der Intention des Klägers entsprechende auch um deswillen zu erachten ist, weil Kläger in der Replik p. 4 u. 5 ferner bemerkt, „daß die Frage, ob die Reitendiener ein Recht auf die 6 ß haben, in dieser Sache füglich dahingestellt bleiben könne, indem jedenfalls die Wedde zu ihrer Erhebung nicht befugt gewesen sei“, und p. 7 hinzufügt: „die Wedde habe auf die erzählte dolose Weise die Bezahlung der 6 ß von dem Kläger erzwingen zu können geglaubt“;

da die in dieser Weise fundirte Klage nicht be-

gründet ist, indem, abgesehen davon, daß — wie der Kläger nicht bestritten hat — die in Rede stehenden 6 ℔ bei allen Copulationen in der Stadt, mit Ausnahme derjenigen der Schutzverwandten und Militairpersonen, den Privilegirten entrichtet und, wie obbemerkt, herkömmlich durch die Wedde eincassirt werden, in der behaupteten Drohung des subalternen Beamten Reher eine gegen den Kläger verübte vis compulsiva, wie sie das Recht zur Begründung des Anspruches auf Restitution des Empfangenen wegen Zwanges erfordert, an und für sich nicht erkannt werden kann, jedenfalls aber dem Kläger die Gelegenheit geboten war, diesem Zwange durch Berufung an den zur Eheschließung comp. und — da der Kläger behauptet, es sei die Drohung in dem Augenblicke, als er zum Behuf seiner Copulation erschienen war, erfolgt — also anwesenden Weddeherrn sofort sich zu entziehen,

vergl. Seuffert Archiv V, No. 195,

daß der Kläger mit der gegen die Wedde in Vertretung des Beamten Reher angestellten Klage, unter Verurtheilung in die Proceßkosten, abzuweisen, demselben aber alle Rechtszuständigkeiten gegen die Reitendiener-Brüderschaft zu reserviren, auch Acte darüber zu ertheilen sei, daß die Beklagte seiner Behauptung, er habe die Zahlung der 6 ℔ dem Beamten Reher unter Protest geleistet, nicht widersprochen hat.

Hiergegen ergriff Peters das Rechtsmittel der Restitution, und führte besonders aus, die Beklagte selbst habe gar nicht die Einrede der unrechten Beklagten vorgeschützt.

Am 3. Februar a. c. erkannte dieselbe Prätur (Prätor; Herr Dr. Ullrich):

Da in der Anführung des Erkenntnisses a quo, es sei die Klage, insofern dieselbe als condictio indebiti oder als cond. sine causa aufzufassen wäre, aus dem Grunde unstatthaft, weil die Wedde oder Reher nicht der rechte Beklagte sei, keineswegs die Geltendmachung einer beklagtischerseits nicht vorgeschützten wirklichen Einrede, sondern lediglich die Erklärung zu finden ist, daß es einer solchen Klage an dem nöthigen rechtlichen Fundamente fehlt, bei Beurtheilung dieses Punktes aber der Richter ohne Zweifel befugt ist, auch solche Argumente zu benutzen, welche der Beklagte nicht vorgebracht hat;

da höchstens in dem Falle jenes Argument für unstattnehmig zu erachten wäre, wenn eine Uebereinkunft der Parteien vorläge, daß die Beklagte die Reitendiener-Brüderschaft hinsichtlich der Frage, ob dieselbe wegen der qu. 6 ℔ als grundlos bereichert anzusehen wäre, und hinsichtlich eines desfalls gegen sie dem Kläger zustehenden Anspruches zu vertreten, — von einem solchen Uebereinkommen aber keine Rede sein kann;

da ferner die Wedde oder Reher nicht als Mandatar oder negotiorum gestor der Reitendiener-Brüderschaft belangt sind, und mithin um so weniger eine Verbindlichkeit der Ersteren, die Letztere im gegenwärtigen Rechtsstreite zu vertreten, aus dem Umstande gefolgert werden kann, daß Jene den Kläger nicht an diese verwiesen haben;

da ferner die Klage, insofern sie auf Restitution der durch die behauptete Drohung des Reher erzwungenen Zahlung der qu. 6 ℔ gerichtet ist, aus den im Erkenntnisse a quo angeführten Gründen, zumal hier von einem wirklichen Zwang des Klägers und einem justus metus auf Seiten desselben überall keine Rede sein kann, unstattnehmig erscheint:

daß das Erkenntniß a quo d. 6. Jan. 1862, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten der Restitutions-Instanz, zu bestätigen sei.

Hierauf verfolgte Peters seinen Anspruch gegen die Reitendiener-Brüderschaft.

Die Beklagte opponirte erstens, sie könne nur bei ihrem Patron verklagt werden, die Prätur sei incompetent. In der Sache selbst aber sei weder ihren altverbrieften Rechten durch das obenerwähnte Gesetz Abbruch geschehen, noch könne dies durch einen ein-

seitig vom Senat einem Gesetze angehängten Schragen geschehen. (Die weiteren Verhandlungen ergeben sich aus den folgenden Erkenntnissen.)

Die erste Prätur (Prätor: Herr Dr. Poelchau) erkannte am 25. März a. c.:

Da die Einrede der Incompetenz ersichtlich hinfällig ist;

und in der Sache selbst,

da Kläger aus zwei Gründen die Rückerstattung der von ihm bei Eingehung seiner Civilehe unter Protest an die Wedde gezahlten 6 ℔ Reitendienergebühren von der Beklagten fordert;

da aber ad 1 nach der dem Mandate vom 11. Juli 1777 — wie dies durch das dupl. beigebrachte Senats-Commissorium bezeugt wird und überdies notorisch ist — zu Theil gewordenen usuellen Interpretation, auf die in jenem Mandate gemachte Unterscheidung, ob die Neuvermählten ein Gastgebot selbst gehalten haben, beziehentlich sich ausrichten ließen oder nicht, nichts ankommt;

da ad 2 durch die Bestimmung des § 16 des Gesetzes über Eheschließung vom 1. Juli 1861 die hier in Rede stehende Reitendiener-Gebühr überall nicht betroffen wird, indem — ganz abgesehen davon, daß der Kläger im Irrthum sich befindet, wenn er vermeint, daß durch Rath- und Bürgerschluß festgestellt sei, „daß eine Civilehe 3. Classe gegen Erlegung von 7 ℔ 8 ß ohne alle weiteren Unkosten stattzufinden habe“ — die im § 1 der mit der provisorischen Verordnung vom 24. Oct. 1851 publicirten Zusätze zum Weddeschragen lediglich die Bestimmung betreffen: „daß gegen Entrichtung der dort angeordneten Stempelansätze und Gebühren der Protocollauszug über die erfolgte Abschließung der Ehe ohne weitere Unkosten dem die Heirath Nachsuchenden zugestellt werden soll“;

da nun diese Bestimmung, wie dies aus dem sich anschließenden alinea und aus dem Summarium zu der Verordnung vom 24. October 1851 unzweifelhaft wird, lediglich auf die für das Aerar von der Wedde zu erhebenden Gebühren und die desfalls resultirenden Unkosten sich bezieht, durch jene — überall nicht auf Rath- und Bürgerschluß beruhenden — „Zusätze zum Weddeschragen“ aber über die Privilegien der Reitendiener-Brüderschaft weder disponirt werden sollte noch konnte, indem nämlich eine desfallsige Absicht der Gesetzgebung nirgends erkennbar ist und vielmehr, wenn das obgedachte Summarium „Zusätze zum Schragen der Wedde, insofern dieselben durch obige Verordnung erforderlich geworden“, verkündet, der bis dahin geltende Weddeschragen

cf. Verordn. v. 30. Nov. 1815, Art. XII,

aber lediglich über die „an die Stadt zu entrichtenden Gebühren“ disponirt und nicht etwa auch die „Reitendiener-Gebühren“ in sich aufgenommen hatte, hierdurch jede Vermuthung einer desfallsigen Absicht der Gesetzgebung von 1851 ausgeschlossen wird;

da sonach die beiden Gründe, um derentwillen der Kläger sich berechtigt hält, die Rückerstattung der für die Reitendienerschaft von der Wedde in Folge ihr gewordenen Senats-Commissorii erhobenen, der Brüderschaft herkömmlich von jeder Hochzeit, wo sie nicht fungiren, zukommenden 6 ℔ zu verlangen, völlig unzutreffend sind:

daß die Beklagte von der erhobenen Klage zu entbinden und Kläger schuldig sei, ihnen die Proceßkosten in acht Tagen s. p. exec. zu erstatten.

Auf eingelegte Restitution wurde am 25. April erkannt:

da die Zusätze zum Schragen der Wedde über die bei Ehen zwischen Christen und Juden u. w. d. a. zu entrichtenden Gebühren und Stempelansätze vom 24. October 1851, auf welche das Gesetz über Eheschließung und Geburtsregister vom 1. Juli 1861 im § 16 verweist, im § 1 ausdrücklich erklären, für die dort gedachten Ehen

dieselbe Gebühr und Stempelabgabe vorschreiben zu wollen, welche nach der — zum Theil durch die Stempel-Ordnung vom 21. December 1849 abgeänderten — Bekanntmachung vom 14. März 1834 für die bis dahin allein üblichen, einer vorgängigen Proclamation bedürftigen Eheschließungen zu entrichten war und ist,

da mithin bei dieser auf eine Gleichstellung der neu einzuführenden Eheschließung mit der bisher bestandenen Eheschließung mit der Wedde-Gebühren gerichteten Absicht der Verordnung durchaus nicht angenommen werden kann, daß durch dieselbe eine an die Reitendiener-Brüderschaft neben den in der Bekanntmachung vom 14. März 1834 verzeichneten Staats-Abgaben zu entrichtende Gebühr für die neu eingeführte Form der Eheschließung habe beseitigt werden sollen,

auch solche Beseitigung weder aus dem Stillschweigen der fraglichen Zusätze zum Schragen der Wedde über diese, auch in der in Bezug genommenen Bekanntmachung vom 14. März 1834 und der älteren Verordnung vom 30. November 1815 unerwähnt gebliebenen Reitendiener-Brüderschaft, noch aus den Worten: „ohne weitere Unkosten" gefolgert werden kann, indem durch den betreffenden Passus offenbar nur die — sonst sehr nahe liegende — Annahme hat ausgeschlossen werden sollen, daß nicht etwa auch noch für die Abschließung der hier fraglichen Ehen vor dem Weddeherrn und die desfallsige Bescheinigung, gleichwie den Geistlichen für die kirchliche Eheschließung irgend welche besondere Gebühr zu entrichten sei,

da auch nach der langjährigen und constanten von Seiten öffentlicher Behörden geübten Praxis in Betreff der hier fraglichen Reitendiener-Gebühr nicht daran gezweifelt werden kann, daß dieselbe durch das Herkommen zu einer allgemeinen, bei allen Verheirathungen in der Stadt, mit Ausnahme derer der Schutzverwandten und Militairpersonen, zu entrichtende und nicht mehr durch die Voraussetzungen des älteren Mandats vom 11. Juli 1777 bedingten Gebühr geworden ist,

daß das concl. a quo vom 25. März d. J., unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten des Restitutions-Verfahrens, lediglich zu bestätigen.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung. Admiralitätstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Grefe & v. Döhren.

№ 20. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 17. Mai. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Arnthal & Horschitz Gebr. c. Eggers. — Joachimson c. von Harlessem. — Obergericht: Dr. Brandis c. Duncker. — Niedergericht: Proc. Dorn c. Kallmes.

Handelsgericht.

No. 34.

Erste Kammer. Audienz vom 8. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrien.

Arnthal & Horschitz Gebr. (Dr. Levy) gegen Geo. Eggers (Dr. G. Hertz).

Die Kläger verlangen sofortige Abnahme von gekauften 40 Wispel Weizen, laut Schlußnote Anl. 1. Die Schlußnote enthält die Bestimmung: „von jetzt bis nach wieder hergestellter Schifffahrt im Frühjahr 1862 von Breslau auf hier abzuladen.“ Der Weizen ist von Breslau bis Berlin vom Schiffer Kubirschky gebracht, dort umgeladen und dann vom Schiffer Tischmeyer mit dem Connossement des Schiffers Kubirschky (Anl. 2) hierher gebracht worden.

Der Beklagte erwidert: Durch Schreiben der Kläger vom 15. März (Anl. A.) sei ihm angezeigt worden, daß die fraglichen 40 Wispel Weizen per Schiffer Kubirschky von Breslau auf hier verladen seien. Die Waare sei aber nicht von diesem, sondern von Schiffer Tischmeyer hierher gebracht worden, und könne er daher die ihm vorgesetzte Waare nicht als die von ihm gekaufte anerkennen. Der Name des Schiffers sei Bedingung des Geschäfts, solle daher eine Umladung nicht präjudiciren, so müsse dies besonders in die Schlußnote gesetzt werden, und zwar selbst bei Touren, wo eine solche gewöhnlich stattfinde, was aber bei der Fahrt von Breslau auf hier nicht der Fall sei. Daß das gezeichnete Connossement dem Schiffer Kubirschky das Recht zur Umladung gebe, gehe ihn nichts an, da er mit dem Schiffer in gar keiner Beziehung stehe. Jedenfalls aber hätte ihm, dem Beklagten, von einer derartigen Clausel Anzeige gemacht werden müssen. Eventuell, wenn er sich die vom Schiffer Tischmeyer hierher gebrachte Waare überhaupt gefallen lassen müsse, so hätten die Kläger zu beweisen, daß dieselbe mit der von ihm gekauften identisch sei und in weiterer Eventualität hätten die Kläger ihm jedenfalls das Interesse zu ersetzen, daß nicht Kubirschky, sondern ein Anderer die Waare hierher gebracht habe. Dasselbe sei ein sehr erhebliches, da die Waare durch die Umladung hier viel später eingetroffen sei, was bei der schwankenden Conjunctur eine Preisdifferenz von 12 ℳ zur Folge gehabt habe.

Die Kläger erwidern: Die Clausel der Schlußnote bestimme nur, daß die Waare in einer bestimmten Zeit in Breslau verladen werden solle; daß dieselbe auch in einer bestimmten Weise hierher verladen werde,

liege dem Verkäufer nicht ob, vielmehr habe derselbe nur dafür zu sorgen, daß die Waare so schnell wie möglich hierher geschafft werde, und das sei geschehen. Es sei nämlich zur Zeit keine directe Gelegenheit von Breslau auf hier gewesen und habe man deshalb den Weizen mit Schiffer Kubirschky, der nach Berlin ging, verladen, mit der Verbindlichkeit, denselben weiter auf hier zu befördern; Kubirschky habe dann die Waare mit Schiffer Tischmeyer auf hier verladen. Die Identität der Waare ergebe sich aus dem beigebrachten Original-Connossement. Zu einer Anzeige von der Umladung seien die Kläger nicht verpflichtet gewesen, da ihre Pflicht nur in der möglichst schnellen Beförderung bestanden habe.

Der Beklagte leugnet, daß zur Zeit keine Gelegenheit zur directen Verladung auf hier gewesen sei.

Erkannt:

da Kläger selbst einräumen, daß der Schiffer Kubirschky, mit welchem die hier fragliche Waare von Breslau abgeladen ward, von vornherein es sich ausbedungen habe, die Waare mit seinem Kahn nur bis nach Berlin zu bringen und daß in Folge hiervon demselben in dem Connossement (Anl. 2) die Befugniß, willkürlich umladen zu dürfen, ertheilt sei;

da nun, wenn es häufiger vorkommen mag, daß von Breslau abgeladene Waaren in Berlin in einen andern Kahn geladen und von diesem letzteren hierher gebracht worden, dieses doch keineswegs als die übliche Verladungsart von Breslau auf hier betrachtet werden kann, wie denn auch Kläger selbst erklären, daß sie oder der Ablader der Waare nur deshalb die obige Bedingung des Kubirschky sich gefallen ließen, weil es der Zeit in Breslau an Kähnen zur directen Abladung auf hier gefehlt habe;

da aber Beklagter offenbar berechtigt ist, zu verlangen, daß die nach Inhalt der Schlußnote bis zu einer bestimmten Zeit von Breslau auf hier zu verladende Waare in üblicher Weise verladen werde, auch dem Beklagten das Recht nicht abgesprochen werden kann, wegen der im vorliegenden Fall gewählten Verladungsart die Abnahme der Waare zu verweigern, indem doch durch die Umladung in Berlin eine dem Beklagten nachtheilige Verzögerung herbeigeführt sein kann, es sich aber gar nicht ermitteln läßt, wann die Waare bei ordnungsmäßiger Verladung hier eingetroffen sein würde:

daß Kläger mit der von ihnen erhobenen Klage, unter Verurtheilung in die Proceßkosten, abzuweisen.

No. 35.

Erste Kammer. Audienz vom 1. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht. Richter: die Herren Mutzenbecher und Abegg.

N. Joachimson (Dr. Brandis) gegen A. A. von Harlessem in Vollmacht der ersten See-Assecuranz-Compagnie in Harburg (Dr. Fischer).

Der Kläger hatte am 13. Novbr. v. J. bei dem Beklagten eine Partie Cement frei von 10 pCt. Beschädigung pr. Dampfboot „Roland,“ Capt. Pahl, von Hamburg nach Hull zu 5/8 pCt. versichert. Am 14. Novbr. sollten ca. 150 Faß von Altona, wo sie gelagert hatten, an Bord des im Hamburger Hafen liegenden „Roland“ gebracht werden; die mit denselben beladene Schute sank aber in Folge des stürmischen Wetters auf der Elbe hinter dem Hanfmagazin unter. Die 150 Faß Cement wurden in sehr beschädigtem Zustande geborgen, so daß sie in öffentlicher Auction weit unter dem ursprünglichen Werthe verkauft werden mußten; und fordert der Kläger nunmehr Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens zum Belaufe von Bco℔ 760. 3 ß.

Der Beklagte wendet ein: Er habe bei Abschluß der Versicherung nicht gewußt, daß der Cement in Altona lagerte und von dort pr. Schute an das im Hamburger Hafen liegende Dampfschiff gebracht werden sollte; er sei daher aus folgenden Gründen berechtigt, den geforderten Schadensersatz zu verweigern: Nach den Bestimmungen des Allgemeinen Plans Hamburgischer Seeversicherungen habe der Versicherte den Abladungs- und Abgangsort anzuzeigen. Im vorliegenden Falle sei der Abgangsort Hamburg, der Abladungsort aber Altona gewesen; der Kläger habe jedoch nur den Abgangsort angezeigt, folglich diesen, wissentlich unrichtig, auch als Abladungsort bezeichnet: ein Umstand, der

nach §. 16 des Plans *) die Versicherung unter Verfall der Prämie annullire. Der Kläger sei ferner nur von Hamburg nach Hull versichert gewesen, nicht von Altona nach Hull, folglich auch nicht von Altona nach Hamburg; der auf dem Wege von Altona hierher erlittene Schaden könne demnach, als nicht versichert, auch nicht ersetzt verlangt werden. — Endlich habe der Kläger, indem er verschwiegen, daß die versicherte Waare in Altona lagerte und von dort an Bord gebracht werden sollte, die Anzeige eines Umstandes unterlassen, der von wesentlichem Einfluß auf seinen (des Beklagten) Entschluß, sich überall, oder so wie geschehen auf die Versicherung einzulassen, gewesen sein würde.

Bei Cement nämlich sei, sobald sich derselbe erst im Schiffsraum befinde, der Risico nicht bedeutend; die Hauptsache sei daher, daß er unbeschädigt an Bord komme. Wäre nun die Waare, wie er (Beklagter) dies annehmen mußte, hier in Hamburg abgeladen worden, so hätte das gar keine oder doch nur höchst geringe Gefahr gehabt; dagegen sei der Transport in einer Schute von Altona auf hier höchst gefährlich, schon bei ruhigem Wetter des lebhaften Dampfschiffverkehrs wegen, noch viel mehr aber bei starkem Sturm, wie er im November v. J. herrschte. Es sänken ja auch bekanntlich jährlich viele Schuten auf diesem Wege, und würde von vorsichtigen Kaufleuten daher solcher Transport von Altona nach Hamburg stets versichert. Er bitte deßhalb auf Grund von §. 15 des Plans **) und allgemeinen Grundsätzen um Abweisung des Klägers. — Eventuell wolle er der Klage noch opponiren, daß der Kläger seine Pflicht, für die Bergung Sorge zu tragen, nicht gehörig erfüllt habe; daß das jenseits in Rechnung gebrachte Berglohn zu hoch sei; und daß der Everführer sich durch Ueberladung der Schute, zumal bei dem damals herrschenden stürmischen Wetter, eine große Fahrlässigkeit habe zu Schulden kommen lassen, weßhalb er sich alle ihm gegen denselben zustehenden Rechte ausdrücklich reservire.

Der Kläger entgegnet: Nach § 45 des Plans, sowie auch nach dem Wortlaut der Police (Anlage 1) beginne der vom Assecuradeur übernommene Risico von dem Moment an, in welchem die Güter vom Lande geschieden, um an Bord gebracht zu werden. Unzweifelhaft trage also der Versicherer auch die Gefahr der Schuten- oder Leichterfahrt, die erforderlich sei, um die Güter vom Speicher nach dem Schiffe zu bringen; und auf einer solchen Schutenfahrt sei die hier in Rede stehende Beschädigung erfolgt. Ueberdies habe sich der Unfall hinter dem Hanfmagazin in St. Pauli ereignet, also an einer Stelle, welche die Schute auch dann hätte passiren müssen, wenn die Waare etwa in einem Speicher am Pinnas eingeladen wäre, wo doch der Beklagte nach seiner eigenen Auffassung verantwortlich gewesen sein würde. Aber diese Auffassung des Beklagten sei eine ganz irrige: der Assecuradeur hafte bei Versicherungen ab Hamburg von dem Moment an, wo die Waare vom Lande scheide, geschehe das nun in den Hamburger Stadt-Canälen, in Steinwärder, am Grasbrook, in St. Pauli oder in Altona; denn alle diese Oerter gehörten in nautischer und assecuranzrechtlicher Beziehung einem und demselben Revier an, und namentlich Altona werde ja mit Hamburg bekanntlich als Ein Platz betrachtet. Der Assecuradeur hafte auch deshalb für die Schutenfahrt von Altona ab, weil nach § 45 des Plans er bei der Einladung die Gefahr einer an den betreffenden Plätzen usanzmäßigen Benutzung von Leichterfahrzeugen trage und nach § 30*) die im kaufmännischen Verkehr

---

*) §. 16 lautet: „Erforderliche allgemeine Anzeigen sind 1) Gegenstand der Versicherung; 2) Name des Schiffes, 3) Name des Schiffers; 4) respective Abladungs- und Abgangsort; 5) Bestimmungsort. Eine wissentlich unrichtige Angabe einer der obigen Anzeigen annullirt die Versicherung und die Prämie ist verfallen."

**) Die betreffende Stelle lautet: „Die Unterlassung derjenigen Anzeigen, welche nach vernünftigem Ermessen auf den Entschluß des Versicherers, sich überall oder so wie geschehen auf die Versicherung einzulassen, von Einfluß sein konnten, annullirt die Versicherung und die Prämie ist verfallen."

*) §. 30 lautet: „Wer auf ein Schiff, welches an seinem Abgangsorte noch nicht angekommen, in Ansehung der nachgehends wieder vorzunehmenden Reise zum Voraus versichern lassen will, der muß solchen Umstand bei der Versicherung anzeigen, widrigenfalls die Versicherung ungültig ist und die Prämie mit Einbehalt von ½ pCt. ristornirt wird.

Es soll jedoch nicht präjudiciren, wenn in den Fällen, wo nach kaufmännischem Verkehre die Abladung eines Schiffes aus nahe beisammen liegenden Häfen zu geschehen pflegt (z. B. Puerto Cabello und Laguayra, Havanna und Matanzas), das Schiff noch nicht am Abgangsorte angekommen ist, sondern in einem dieser Häfen gelegen, oder auf der Reise zwischen denselben begriffen gewesen und solcher Umstand nicht angezeigt ist."

übliche Abladung eines Schiffs aus nahe beisammenliegenden Häfen nicht präjudicire. Zutreffende Analogieen für den vorliegenden Fall böten folgende Präjudicate: der Fall bei Kiefeker VII. pag. 456; Erk. des O.-A.-G. Kämmerer Söhne c. Böhrs 1856 (Sammlg. III. pag. 113); Erk. des H. G. und des O.-G. Meyer Gebr. c. die See-Assecuranz-Compagnie (bei Ullrich pag. 77). Auch könne man die Analogie von § 34 des Allg. Plans benutzen, wonach der Versicherer hafte, wenn die Güter dem Schiffe in Leichterfahrzeugen nachgebracht würden, sobald das nur nicht auf eine am Abladungsorte ungewöhnliche Weise geschehe. Die Schutenfahrt sei von Altona nicht gefährlicher als von St. Pauli. Ein unrichtiger Abladungsort sei nicht angegeben: der § 16 verlange nicht zwei verschiedene Angaben, sondern für die Waarenversicherung Angabe des Abladungsortes, für die Cascoversicherung Angabe des Abgangsortes; Abladungsort sei hier aber Hamburg gewesen, da das Schiff im Hamburger Hafen lag und dort die Waare an Bord erhielt. Die Behauptung: der Umstand, daß die Waare von Altona per Schute an Bord gebracht werden sollte, hätte nach § 15 des Plans angezeigt werden müssen, sei ebenso unrichtig, als wenn man behaupten wollte, daß auch die Fahrt von St. Pauli hierher anzuzeigen sei. — Für die Bergung sei gehörig gesorgt worden; das Berglohn sei nicht zu hoch; und eine Verschuldung des Schiffers werde bestritten, concernire übrigens auch den Kläger nicht.

Erkannt:

Da die Bestimmung, nach welcher für den Assecuradeur von Gütern der Risico mit dem Augenblicke beginnt, in welchem die Güter vom Lande scheiden, um an Bord des Schiffes gebracht zu werden, nur auf die Fälle bezogen werden kann, in welchem die Güter das Land in dem Orte verlassen, welcher in der Police als der Abgangsort des Schiffes bezeichnet wird, indem doch der Sinn dieser Bestimmung nicht der sein kann, daß der Assecuradeur den Risico jeder vorhergehenden Reise der Güter zu tragen habe, wenn nur diese Reise zu Wasser geschieht und bestimmt ist, die Güter an Bord des Schiffes zu bringen, andererseits aber auch in Rücksicht auf den Wortlaut dieser Bestimmung es eine willkürliche Annahme sein würde, wenn man von der größeren oder geringeren Entfernung des Ortes, von dem aus die Güter an das Schiff gebracht werden, es abhängen lassen wollte, ob der Versicherer den Risico dieses Transports zu tragen habe, ganz abgesehen davon, daß es an jedem entscheidenden Merkmal dafür fehlen würde, welche Entfernung als eine größere oder geringere zu betrachten sei;

da offenbar auch die Vorschrift des § 45 des Allgem. Plans, nach welcher beim Einladen von Gütern der Versicherer die Gefahr einer usancemäßigen Benutzung von Leichterfahrzeugen trägt, von derselben Voraussetzung ausgeht, indem doch unter Leichterfahrzeugen nicht eine bestimmte Art von Schiffen verstanden, vielmehr Schiffe der verschiedensten Art, größere wie kleinere, zu Leichtern benutzt werden, in Rücksicht hierauf aber diese Vorschrift gewiß nicht dahin verstanden werden kann, daß von jedem beliebigen Orte aus die Güter auf Gefahr des Assecuradeus an das in der Police benannte Schiff gebracht werden können, wenn nur zu diesem Transport ein Leichterfahrzeug benutzt worden ist und usancegemäß benutzt werden durfte;

da hiernach davon ausgegangen werden muß, daß der Versicherer die Gefahr des Transportes von Gütern an das zu deren Weiterbeförderung bestimmte Schiff, wenn dieser Transport von einem andern Orte erfolgt, als dem in der Police angegebenen Abgangsort des Schiffes, nur dann zu tragen habe, wenn derselbe ausdrücklich diese Gefahr übernommen hat, und demnach auch Kläger, wenn er für die Gefahr versichert sein wollte, welcher seine Güter auf dem Wege von Altona zu dem im hiesigen Hafen liegenden Schiffe ausgesetzt waren, sich dieses ausdrücklich beim Abschluß der Versicherung hätte ausbedingen müssen;

da ein dieser Angabe entgegenstehendes Argument auch keineswegs aus dem § 30 des Allgem. Plans zu entnehmen ist, indem eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall doch nur dahin führen würde, daß, wenn die versicherten Güter auf der Reise von Hamburg nach ihrem Bestimmungsort von einem Unfall betroffen worden wären, der Beklagte den Ersatz des Schadens nicht aus dem Grunde hätte ablehnen

können, weil die Güter von Altona aus an das Schiff gebracht seien;

da endlich auch, wenn dieser Transport der Güter von Altona an das Schiff nicht zur Verantwortung des Beklagten steht, es hier darauf nicht ankommen kann, daß der Unfall sich auf einem Theil der Elbe zugetragen hat, den die Güter möglicher Weise auch dann berührt hätten, wenn sie von hier aus an das Schiff gebracht worden wären:

daß Kläger mit der von ihm erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Proceßkosten abzuweisen.

Obergericht.

No. 21.

Dr. H. A. R. Brandis m. n. C. H. Donner in Altona gegen J. W. Duncker in Vollmacht der Norddeutschen Versicherungs-Gesellschaft (Dr. Sieveking).

Dr. Brandis klagt auf Bezahlung von Bco℔ 9219 als Betrag des wegen der von dem Beklagten versicherten Fracht des condemnirten Schiffes „Albert," Capt. Hansen, dispachirten Schadens.

Der Beklagte opponirt dieselben Einreden, wie in der in No. 18 referirten Sache Dr. Brandis gegen Auffm' Ordt, indem er bemerkt, daß die Gleichheit der Erforderniße einer gehörigen Condemnation für Casco- und Frachtversicherung durch zahlreiche Erkenntnisse, namentlich in Sachen Dris. Brandis m. n. c. von Bergen, Dris. D. Hertz m. n. c. Auffm' Ordt, Mutzenbecher c. Wöhrt, Gibson c. Stecher außer Zweifel gestellt sei.

Der Kläger macht replicando zunächst dieselben Gründe geltend, wie in Sachen c. Auffm' Ordt. In Betreff der aus § 114 des Allgemeinen Plans entnommenen Einrede bemerkt er: Selbst wenn die Condemnation des „Albert" eine nicht plangemäße sei, so würde daraus doch für die Frachtversicherung in concreto eine Einrede nicht zu entnehmen sein, da der Frachtverlust nicht die Folge der unterlassenen Reparatur, sondern eine directe Folge des Seeunfalls gewesen sei, und auch dann eingetreten sein würde, wenn das Schiff selbst reparirt worden wäre. Es ergebe sich nämlich aus den Havariepapieren, daß zufolge eines gerichtlichen Befehls zunächst Schiff und Ladung getrennt worden sei, daß dann wiederum auf gerichtliches Erkenntniß ein Theil der Ladung, weil beschädigt, und ein anderer Theil zur Deckung der im Nothhafen entstandenen Kosten verkauft worden und daß endlich gleichfalls gerichtlich verfügt worden, daß der Rest der Ladung durch ein anderes Schiff nach dem Bestimmungsorte gebracht werde. Diese Verordnung sei auf Antrag des beklagtischen Vertreters, Escorriara, erlassen worden, und zwar „in Betracht der Schäden, welche die Ladung erleiden würde, wenn sie auf längere Zeit, ehe sie nach ihrer Bestimmung wieder abginge, im Nothhafen aufgehalten würde und wegen der Verschlechterung der Qualität," und in Betracht, daß, wenn die Reparatur überhaupt möglich, dieselbe unabsehbar sein würde. Die Trennung von Schiff und Ladung sei also ganz unabhängig von der Frage, ob eine Reparatur des Schiffes möglich gewesen sei, vom Gerichte anbefohlen worden und damit der Verlust der Fracht von Aux Cayes nach Europa (abzüglich der Distancefracht) herbeigeführt, dieser Verlust sei also eine unmittelbare Folge des erlittenen Seeunfalls. Der Capitain habe diesem gerichtlichen Befehle nach Art. 977 des Span. Handelsgesetzbuches Folge leisten müssen, und überdies hätten die Ladungsinteressenten nach dem in St. Jago de Cuba geltenden Rechte die Befugniß gehabt, die Weiterbeförderung mit einem andern Schiffe zu erzwingen. Jene Verpflichtung des Capitains sei auch durch den Allgem. Plan selbst anerkannt, denn nach Art. 113 desselben solle, wenn „das Schiff mit so schwerer Havarie in einen Nothhafen einlaufe, daß zu befürchten ist, es werde seine Reise nach dem Bestimmungsorte nicht fortsetzen können," der Capitain die geeigneten Maßregeln für die Weiterbeförderung der unbeschädigten Güter treffen. Im vorliegenden Falle aber sei die Fortsetzung der Reise sogar vom Gerichte für unmöglich erklärt worden. Eventuell müsse der Beklagte jedenfalls den Frachtverlust ersetzen, welcher durch den Verkauf des beschädigten Theiles der Waare, sowie durch den vom Handelsgerichte angeordneten Verkauf von 900 Sack Kaffee, welche zur Deckung der im Nothhafen entstandenen Kosten verwerthet werden mußten, herbeigeführt worden sei.

Der Beklagte entgegnet: Die Behauptung der Kläger, daß der Frachtverlust deshalb eingetreten sei,

weil die Langwierigkeit der Reparatur die Weiterbeförderung der Ladung nothwendig gemacht habe, sei schon deshalb nicht zu beachten, weil die Klage nicht hierauf, sondern nur auf die Condemnation gestützt worden. Ferner aber habe eine solche Nothwendigkeit nicht vorgelegen; denn weder constire die Langwierigkeit der Reparatur, noch sei behauptet, daß die Ladung bei längerem Warten verdorben sein würde. — Ebensowenig hätten die Ladungsinteressenten die Weiterbeförderung erzwingen können; und sei es insbesondere entscheidend, daß von einem Versuch der Ablader zu solchen Schritten nirgends etwas zu finden sei. — Die Weiterbeförderung der Ladung sei also lediglich aus Zweckmäßigkeitsrücksichten erfolgt, die den Assecuradeur nicht concernirten. Der § 113 des Plans gehöre nicht hierher. Endlich hätte der Capitain, wenn reparirt worden wäre, eine andere Fracht nach Europa suchen und diese in Anrechnung bringen müssen. Die eventuelle Forderung der Fracht für die zur Deckung der Kosten verwandten Güter anlangend, so hätte dieselbe auf die Behauptung gestützt werden müssen, daß bei Vornahme der Reparatur der Verkauf dieser Güter zur Bestreitung der Kosten nothwendig geworden wäre und demzufolge die Fracht dafür verloren gegangen sein würde. Schon die Unmöglichkeit, eine solche conto finto aufzustellen, zeige die Hinfälligkeit des fraglichen Anspruches. Ferner seien die fraglichen Kosten, zu deren Deckung die Güter verwandt worden, durch den Verkauf des Schiffes veranlaßt, während bei erfolgter Reparatur die nöthigen Gelder anderweitig durch Rhederei oder durch Bodmerei herbeigeschafft worden wären. Auch sei es Pflicht des Versicherten gewesen, für die nöthigen Gelder zur Bestreitung der Schiffskosten zu sorgen. Die beschädigten Säcke anlangend, so betrage die Fracht für diese unter 3 pCt.; ferner komme hier die Veranlassung der Beschädigung durch alte Schäden des Schiffes in Betracht, und endlich würde auch im Falle der Nichtbeschädigung doch die Fracht auch für diesen Theil der Ladung mit verloren gegangen sein, da auch dieser offenbar mit der übrigen Ladung weiterbefördert worden wäre.

Die erste Kammer des Handelsgerichts, Präses: Herr Dr. Versmann, Richter: die Herren Hundeicker und Schuldt, erkannte am 11. Februar 1861:

Da, wie in den Entscheidungsgründen zu dem am heutigen Tage abgegebenen Erkenntnisse i. S. des Klägers c. C. A. Auff'mOrdt in Vollmacht des Weiteren ausgeführt ist, bei dem in S. Jago de Cuba erfolgten Verkauf des Schiffes Albert die Voraussetzungen einer nach den Bedingungen des Allg. Plans Hamb. Seeversicherungen vom Jahre 1853 für die Assecuradeure verbindlichen Condemnation nicht vorgelegen haben, also auch der Verlust der Fracht, soweit derselbe als eine Folge der dem Versicherer nicht zur Last fallenden Einstellung der Reise sich darstellt, von dem Beklagten nicht zu vergüten ist;

da auch diejenigen Momente, welche der Kläger dafür geltend gemacht hat, daß der Verlust des ganzen eingeklagten Frachtbetrages im vorliegenden Fall auch dann eingetreten sein würde, wenn das Schiff reparirt worden wäre, bei näherer Untersuchung das behauptete Resultat keineswegs ergeben,

indem nämlich, wenn auch der bestellte Repräsentant der unbekannten Versicherer, Escorriaza, und der Capt. Hansen die gemeinschaftlich beantragten Maßregeln der Verschiffung der Ladung mit einem anderen Schiff und des Verkaufs des Schiffes Albert vorzugsweise durch die Hinweisung auf die Schäden motivirt haben, welche die Ladung bei einem längeren Aufenthalt in S. Jago de Cuba erleiden würde, und ebenfalls das Handelsgericht in seinem beide Maßregeln gestattenden Decret vom 5. April 1859 auf diesen Umstand ein besonderes Gewicht legt, doch das Gericht immer nur auf Antrag der erwähnten Parteien decretirt, und überdies beide Maßregeln nur im Zusammenhang gestattet hat, dagegen nach der Stellung, die das Gericht in dem ganzen Verfahren eingenommen, gar nicht anzunehmen ist, daß dasselbe die Weiterbeförderung der Ladung, falls man zur Reparatur des Schiffes geschritten wäre, etwa von Amtswegen und gegen den Willen des Capt. Hansen, welcher in solchem Falle die Ladung selbstverständlich nicht freiwillig herausgegeben hätte, verfügt haben würde;

indem ferner der Umstand, daß die Ablader nach spanischem Recht befugt gewesen sein würden, die Ladung bei einer mehr als 30 Tage dauernden Reparatur gegen Zahlung der Distancefracht dem Schiffer abzunehmen, — ganz abgesehen von der Frage, ob das spanische Recht im vorliegenden Falle maßgebend gewesen sein würde — jedenfalls so lange nicht in Betracht kommen kann, als sich Niemand gemeldet hat, der von diesem Recht Gebrauch zu machen beabsichtigt;

da endlich der § 113 des Allg. Plans, welcher von den zwischen den verschiedenen Interessenten und deren Versicherern zu treffenden Verabredungen, der § 114 daselbst, welcher an den betreffenden Stellen von dem Versicherer der Güter, und der § 977 des spanischen Handelsgesetzbuchs, welcher von den im Nothhafen beschädigt ankommenden Gütern redet, auf die vorliegende Frage durchaus keinen Bezug haben;

da hingegen der Frachtverlust nicht blos an demjenigen Theil der Ladung, welcher in S. Jago de Cuba wegen Beschädigung, sondern auch an demjenigen Theil der unbeschädigt gebliebenen Ladung, welcher zur Deckung der dortigen Unkosten verkauft ist, als eine direkte und von der Unter-

lassung der Reparatur unabhängige Folge der Unfälle erscheint, welche das Anlaufen des Nothhafens zur Folge hatten;

indem die Kosten, zu deren Deckung ein Theil der gesunden Waare verkauft ist, weder durch die unterlassene Reparatur entstanden sind, noch auch mit irgend welcher Sicherheit anzunehmen ist, daß diese Kosten im Fall der Vornahme der Reparatur anders als durch Verkauf eines Theils der Ladung gedeckt sein würden;

da demnach, falls nicht etwa die Seeuntüchtigkeit des Albert nachgewiesen werden sollte, kein Grund vorliegt, den Versicherer von dem Ersatz dieses Schadens zu befreien:

daß m. n. Kläger im Uebrigen zwar mit seiner Klage abzuweisen, der Beklagte aber schuldig sei, dem m. n. Kläger Bco.ℳ 1718. 7 ß sammt Zinsen vom Klagetage an innerhalb acht Tage s. p. e. zu bezahlen,

der Beklagte wollte und könnte denn beweisen:

daß das Schiff Albert, Capt. Hansen, als es seine Reise von Aux Cayes nach Europa antrat, in einem seeuntüchtigen Zustande sich befunden habe.

Es hat der Beklagte diesen Beweis innerhalb 4 Wochen bei Verlust desselben anzutreten, und bleibt es dem m. n. Kläger unbenommen, zum Zweck des ihm zustehenden Gegenbeweises sich des bereits Beigebrachten soweit Rechtens mitzubedienen.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Obergericht am 14. April 1862:

Da angenommen werden muß, daß der Verkauf des Schiffes „Albert“ in St. Jago de Cuba auf den Grund einer den Vorschriften des § 114 des Allgem. Planes Hamburgischer Seeversicherungen entsprechenden und daher von dem Versicherer anzuerkennenden Condemnation erfolgt sei — wie dies in den Entscheidungsgründen zu dem am heutigen Tage abgegebenen Erkenntnisse in Sachen des Klägers contra C. A. Auffm'Ordt in Vollmacht ꝛc. näher ausgeführt ist —;

da hiernach die klägerische Appellation begründet erscheint, indem der Beklagte die versicherte Fracht zu erstatten hat, falls er den ihm nachzulassenden Beweis der Seeuntüchtigkeit des Schiffes nicht erbringt;

da sich hierdurch die beklagtische Appellation von selbst erledigt:

daß unter Verwerfung der beklagtischen Appellation auf den Grund der klägerischen Beschwerde das angefochtene handelsgerichtliche Erkenntniß vom 11. Febr. v. J. aufzuheben und Beklagter schuldig sei, dem m. n. Kläger die eingeklagten Bco.ℳ 9219 sammt Zinsen seit dem Klagetage zu bezahlen, der Beklagte wollte und könnte denn — Klägern Gegenbeweis vorbehältlich — beweisen:

daß das Schiff „Albert“, Capitain Hansen, als es seine Reise von Aux Cayes nach Europa antrat, in einem seeuntüchtigen Zustande sich befunden habe.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Niedergericht.

No. 16.

Proc. Dorn m. n. J. C. W. Zinkernagel gegen N. J. Kallmes m. n. Adolph Danziger (Dr. D. Hertz).

Danziger hat dem Kläger durch seinen Bevollmächtigten Kallmes vier Grundstücke zu dem Gesammtbetrage von Sp.ℳ 66,000 verkauft und in dem über diesen Verkauf abgeschlossenen Contracte die Miethen genau angegeben, welche von den jetzigen Bewohnern der Grundstücke gezahlt würden.

Kläger behauptet nunmehr, es habe sich nachträglich herausgestellt, daß die Miethe der ersten Etage in einem jener Grundstücke nur Ct.ℳ 600 betrage, während der Betrag derselben im Contracte mit Ct.ℳ 700 angegeben worden. Nun habe er den Kaufpreis der von ihm zur Capital-Anlage erstandenen Grundstücke ausschließlich nach dem ihm garantirten Miethe-Ertrage derselben bewilligt; sei daher der Ertrag derselben ein geringerer als der ihm angegebene, so stelle sich demgemäß auch der Werth der Grundstücke für ihn um so geringer, und zwar betrage der Minderwerth derselben nach dem Verhältniße berechnet, in welchem der Ertrag der Miethen zum Kaufpreise stehe, die Summe von Spec.ℳ 1250, welche er mithin vom Beklagten zu fordern berechtigt sei.

Kallmes wendet ein: Wenn er auch im Auftrage des Danziger den Verkauf für denselben abgeschlossen habe, so sei doch auf Grund dieses Umstandes Kläger nicht berechtigt, sich mit seinem Anliegen an ihn zu wenden, sondern müsse Danziger persönlich in Anspruch nehmen. — Außerdem stehe der angestellten Klage die Einrede der Incompetenz des Niedergerichts entgegen, da in dem von den Parteien geschlossenen Kaufcontracte dieselben sich für etwaige Streitigkeiten der Competenz des Niedergerichts begeben und derjenigen der Prätur unterworfen haben. — Die Sache selbst verhalte sich dergestalt, daß der eigentliche Miethe-Ertrag der fraglichen Etage seit dem Jahre 1858 sogar Ct.ℳ 800 betragen habe, dem jetzigen Miether aber, welcher die Etage nur noch bis zum 1. Mai 1862 in Miethe habe, sei als Vergütung für durch Umbau herbeigeführte Unannehmlichkeiten von dem Miethe-Ertrage des letzten Jahres der Betrag von

Ct.ℳ 200 abgelassen worden, und habe die irrthümliche Angabe in dem Kaufcontracte ihren Grund in einem Irrthume des beiderseitigen Maklers. Nun sei der klägerische Versuch durch Capitalisirung des Miethe-Ertrages eines einzelnen Jahres einen Minderwerth der Grundstücke von Spec.ℳ 1250 herauszurechnen, schon an und für sich hinfällig, im vorliegenden Falle aber um so unzulässiger, als es sich der vorstehenden Darstellung gemäß hier nur darum handeln könne, daß Kläger für den Betrag der nächst fälligen halbjährlichen Miethe vielleicht Ct.ℳ 50 weniger erhalten würde, als im Contracte erwähnt, diesen Minder-Ertrag höchstens werde Beklagter zu decken haben, wie er denn jedenfalls dafür Sorge tragen wolle, daß Kläger seiner Zeit die ihm zugesagte Miethe von Ct.ℳ 350 für die fragliche Etage erhalten werde.

Kläger entgegnet: Kallmes sei General-Bevollmächtigter des abwesenden Danziger, habe in dieser seiner Eigenschaft auch den in Rede stehenden Kauf abgeschlossen und sein Mandat bis jetzt noch nicht niedergelegt, derselbe könne somit unzweifelhaft als Mandatar des Danziger auch in Anspruch genommen werden. — Die Einrede der Incompetenz sei unbegründet, da die vom Beklagten angezogene Bestimmung des Contractes nur den Sinn habe, daß der vor der Prätur belangte Contrahent die Incompetenz der Prätur nicht opponiren dürfe, es aber jedenfalls in der Wahl des Klägers liege, sich auch an das an sich competente Gericht zu wenden, übrigens auch die in dem Contracte enthaltene Prorogation der Prätur dieselbe ohne Genehmigung des betreffenden Richters nicht competent machen könne, Kläger also, wenn er seinen Anspruch bei der Prätur verfolgt haben würde, doch immer einer Abweisung ex officio ausgesetzt geblieben sein würde. — Ob die in Rede stehende Etage früher einmal zu Ct.ℳ 800 vermiethet worden sei, komme hier nicht in Betracht, da es sich lediglich um die Richtigkeit der im Contracte angegebenen Miethe handle. Unwahr sei es, daß die Herabsetzung der Miethe in Folge baulicher Veränderungen bewilligt worden, sie sei vielmehr nothwendig geworden, weil zu der höheren Miethe kein Mensch die Etage miethen wollte. Die falsche Angabe des Contractes sei keineswegs durch Schuld des Maklers entstanden, denn dieser habe nur die Angaben des Beklagten wiederholt; übrigens würde auch Beklagter für eine aus Irrthum entstandene unrichtige Mittheilung in gleicher Weise wie für eine absichtliche verantwortlich zu machen sein. Unzweifelhaft sei es endlich, daß sein Interesse an der Richtigkeit der contractlichen Angaben den Unterschied bei einer einmaligen Miethezahlung weit übersteige, es habe sich für ihn um den festzustellenden Ertrag der Grundstücke gehandelt, in dem schlechteren Ertrage einer Etage liege ein erheblicher Minderwerth, und müsse ihm sein volles Interesse erstattet werden, welches ausschließlich durch Capitalisirung der Miethen festzustellen sei.

Erkannt am 12. Mai:

da der m. n. Beklagte, welcher weder bestreitet von dem abwesenden Ad. Danziger zu dessen General-Bevollmächtigten bestellt zu sein, noch dieses Mandat niedergelegt zu haben behauptet, es nicht ablehnen kann, sich als Bevollmächtigter Danziger's aus einem in dieser Eigenschaft mit dem klägerischen Mandanten geschlossenen Geschäfte von demselben belangen zu lassen;

da die Parteien in dem Kauf-Contracte Anl. 1 sich der niedergerichtlichen Cognition ausdrücklich begeben und der Entscheidung der Prätur unterworfen haben, da demnach die Competenz der Letzteren in Gemäßheit Art. 27 der Verordnung vom 19. Decbr. 1815 für die vorliegende Sache allerdings begründet sein, und der Beklagte die Verweisung der Sache an die Prätur mit Recht beanspruchen würde;

da es jedoch nach durchgehandelter Sache dieser Verweisung nicht mehr bedarf, weil die sofortige gänzliche Abweisung der Klage erfolgen kann;

da nämlich, wenn auch für den Werth eines städtischen Grundstücks allerdings der Miethewerth der darauf vorhandenen Gebäude wesentlich in Betracht kommt, doch dieser Miethewerth keineswegs ohne Weiteres aus den zeitweiligen Miethepreisen zu entnehmen ist, für welche die vorhandenen Localitäten grade vermiethet sein mögen,

cf. Erkenntniß des Niedergerichts in Sachen Martens gegen Londy vom 14. März 1862,

da es namentlich für den Werth der hier fraglichen Grundstücke zur Zeit des Ankaufes derselben durch den klägerischen Mandanten nicht in Betracht kommt, ob eine zuvor für 800 ℳ vermiethet gewesene Etage der Zeit für 600 ℳ oder für 700 ℳ vermiethet war;

da Kläger auch gar nicht behauptet, daß diese Grundstücke den von seinen Mandanten gezahlten Kaufpreis nicht werth gewesen seien, da dieser also an der Richtigkeit der ihm gemachten Miethe-Aufgabe kein weiteres Interesse hat, als die ihm zugesicherte Miethe wirklich zu erhalten, die angestellte Minderungsklage daher unbegründet erscheint,

daß Kläger unter Verurtheilung in die Proceßkosten mit der erhobenen Klage abzuweisen, ihm jedoch wegen seines Anspruches gegen den Beklagten auf den vollen Betrag der ihm aufgegebenen Miethen seine Gerechtsame vorzubehalten seien.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 21. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 24. Mai. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Himmelheber c. Rosenberg. — Gebr. Behrens c. Ullberg & Cramer und Mit-Administratoren. — Dr. Wex c. Meyer & Bartels, I. und II. — Obergericht: Albrecht & Dill c. Capt. Charlesworth. — Niedergericht: Proc. Dorn c. Apel.

Handelsgericht.

No. 36.

Erste Kammer. Audienz vom 12. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

H. Himmelheber (Dr. Noack) gegen Just Rosenberg, modo Ed. Rosenberg m. n. Desselben (Dr. Ruhle).

Der Kläger führt aus: Er habe dem Beklagten am 31. August 1860 laut Anl. 1 eine Partie Goldwaaren zum Betrage von Bco.₰ 4147. facturirt. Es sei unter den Partrien, wie die Anl. 2 *) zeige, verabredet worden, daß dieser Betrag nach 12 Monaten fällig sein, es dem Beklagten jedoch freistehen solle, innerhalb gleicher Frist etwa Unverkäufliches frei von allen Spesen hier am Platze zurückzuliefern. Der Beklagte habe aber bis zum 31. August 1861 weder bezahlt, noch die Waare, resp. den unverkäuflichen Theil derselben zurückgeliefert. Erst durch ein Schreiben aus Valparaiso vom 2. October 1861 (Anl. 3) habe derselbe ihm angezeigt, daß er an diesem Tage dem Herrn Ed. Rosenberg Auftrag gegeben, die nicht verkaufte Waare auszuliefern; gegen solche verspätete Auslieferung habe er jedoch protestirt, und bitte nunmehr, da a conto Bco.₰ 1341. 1 ß bezahlt worden, den Beklagten zur Zahlung der restirenden Bco.₰ 2805. 15 ß zu verurtheilen.

Der Beklagte wendet ein: Die unter den Parteien getroffene Verabredung werde vom Kläger falsch aufgefaßt. Die Festsetzung eines Zeitraums von 12 Monaten habe den Sinn, daß nach Ablauf dieser Frist das Resultat des Geschäfts festgestellt werden sollte: was nach Ablauf der 12 Monate sich als unverkäuflich erwiesen, hätte dann zurückgeschickt, für das bis dahin Verkaufte aber der Facturapreis bezahlt wer-

*) Die Anl. 2 lautet:

„Hamburg, d. 28. Aug. 1860.

Herrn J. Rosenberg hierselbst.

Indem ich Ihnen eingeschlossen Factura über die von Ihnen bei mir ausgesuchten Goldwaaren behändige, ersuche ich Sie, mir deren Betrag von Bco.₰ 4147. einstweilen gutzuschreiben; laut unserer mündlichen Uebereinkunft ist meine Factura in zwölf Monaten fällig, jedoch steht es Ihnen frei, etwa Unverkäufliches aus derselben mir zur selben Frist zu retourniren und am Betrage zu kürzen; solche Rücksendung wäre mir ganz spesenfrei hier am Platze zu liefern. Achtungsvoll

(gez.) H. Himmelheber.“

Ct.ℛ 800 abgelassen worden, und habe die irrthümliche Angabe in dem Kaufcontracte ihren Grund in einem Irrthume des beiderseitigen Mäklers. Nun sei der klägerische Versuch durch Capitalisirung des Miethe-Ertrages eines einzelnen Jahres einen Minderwerth der Grundstücke von Spec.ℛ 1250 herauszurechnen, schon an und für sich hinfällig, im vorliegenden Falle aber um so unzulässiger, als es sich der vorstehenden Darstellung gemäß hier nur darum handeln könne, daß Kläger für den Betrag der nächst fälligen halbjährlichen Miethe vielleicht Ct.ℛ 50 weniger erhalten würde, als im Contracte erwähnt, diesen Minder-Ertrag höchstens werde Beklagter zu decken haben, wie er denn jedenfalls dafür Sorge tragen wolle, daß Kläger seiner Zeit die ihm zugesagte Miethe von Ct.ℛ 350 für die fragliche Etage erhalten werde.

Kläger entgegnet: Kallmes sei General-Bevollmächtigter des abwesenden Danziger, habe in dieser seiner Eigenschaft auch den in Rede stehenden Kauf abgeschlossen und sein Mandat bis jetzt noch nicht niedergelegt, derselbe könne somit unzweifelhaft als Mandatar des Danziger auch in Anspruch genommen werden. — Die Einrede der Incompetenz sei unbegründet, da die vom Beklagten angezogene Bestimmung des Contractes nur den Sinn habe, daß der vor der Prätur belangte Contrahent die Incompetenz der Prätur nicht opponiren dürfe, es aber jedenfalls in der Wahl des Klägers liege, sich auch an das an sich competente Gericht zu wenden, übrigens auch die in dem Contracte enthaltene Prorogation der Prätur dieselbe ohne Genehmigung des betreffenden Richters nicht competent machen könne, Kläger also, wenn er seinen Anspruch bei der Prätur verfolgt haben würde, doch immer einer Abweisung ex officio ausgesetzt geblieben sein würde. — Ob die in Rede stehende Etage früher einmal zu Ct.ℛ 800 vermiethet worden sei, komme hier nicht in Betracht, da es sich lediglich um die Richtigkeit der im Contracte angegebenen Miethe handle. Unwahr sei es, daß die Herabsetzung der Miethe in Folge baulicher Veränderungen bewilligt worden, sie sei vielmehr nothwendig geworden, weil zu der höheren Miethe kein Mensch die Etage miethen wollte. Die falsche Angabe des Contractes sei keineswegs durch Schuld des Maklers entstanden, denn dieser habe nur die Angaben des Beklagten wiederholt; übrigens würde auch Beklagter für eine aus Irrthum entstandene unrichtige Mittheilung in gleicher Weise wie für eine absichtliche verantwortlich zu machen sein. Unzweifelhaft sei es endlich, daß sein Interesse an der Richtigkeit der contractlichen Angaben den Unterschied bei einer einmaligen Miethezahlung weit übersteige, es habe sich für ihn um den festzustellenden Ertrag der Grundstücke gehandelt, in dem schlechteren Ertrage einer Etage liege ein erheblicher Minderwerth, und müsse ihm sein volles Interesse erstattet werden, welches ausschließlich durch Capitalisirung der Miethen festzustellen sei.

Erkannt am 12. Mai:

da der m. n. Beklagte, welcher weder bestreitet von dem abwesenden Ad. Danziger zu dessen General-Bevollmächtigten bestellt zu sein, noch dieses Mandat niedergelegt zu haben behauptet, es nicht ablehnen kann, sich als Bevollmächtigter Danziger's aus einem in dieser Eigenschaft mit dem klägerischen Mandanten geschlossenen Geschäfte von demselben belangen zu lassen;

da die Parteien in dem Kauf-Contracte Anl. 1 sich der niedergerichtlichen Cognition ausdrücklich begeben und der Entscheidung der Prätur unterworfen haben, da demnach die Competenz der Letzteren in Gemäßheit Art. 27 der Verordnung vom 19. Decbr. 1815 für die vorliegende Sache allerdings begründet sein, und der Beklagte die Verweisung der Sache an die Prätur mit Recht beanspruchen würde;

da es jedoch nach durchgehandelter Sache dieser Verweisung nicht mehr bedarf, weil die sofortige gänzliche Abweisung der Klage erfolgen kann;

da nämlich, wenn auch für den Werth eines städtischen Grundstücks allerdings der Miethewerth der darauf vorhandenen Gebäude wesentlich in Betracht kommt, doch dieser Miethewerth keineswegs ohne Weiteres aus den zeitweiligen Miethepreisen zu entnehmen ist, für welche die vorhandenen Localitäten grade vermiethet sein mögen,

cf. Erkenntniß des Niedergerichts in Sachen Martens gegen Londy vom 14. März 1862,

da es namentlich für den Werth der hier fraglichen Grundstücke zur Zeit des Ankaufes derselben durch den klägerischen Mandanten nicht in Betracht kommt, ob eine zuvor für 800 ℛ vermiethet gewesene Etage der Zeit für 600 ℛ oder für 700 ℛ vermiethet war;

da Kläger auch gar nicht behauptet, daß diese Grundstücke den von seinen Mandanten gezahlten Kaufpreis nicht werth gewesen seien, da dieser also an der Richtigkeit der ihm gemachten Miethe-Aufgabe kein weiteres Interesse hat, als die ihm zugesicherte Miethe wirklich zu erhalten, die angestellte Minderungsklage daher unbegründet erscheint,

daß Kläger unter Verurtheilung in die Proceßkosten mit der erhobenen Klage abzuweisen, ihm jedoch wegen seines Anspruches gegen den Beklagten auf den vollen Betrag der ihm aufgegebenen Miethen seine Gerechtsame vorzubehalten seien.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 21. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 24. Mai.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Himmelheber c. Rosenberg. — Gebr. Behrens c. Ullberg & Cramer und Mit-Administratoren. — Dr. Wex c. Meyer & Bartels, I. und II. — Obergericht: Albrecht & Dill c. Capt. Charlesworth. — Niedergericht: Proc. Dorn c. Apel.

Handelsgericht.

No. 36.

Erste Kammer. Audienz vom 12. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

H. Himmelheber (Dr. Noack) gegen Just Rosenberg, modo Ed. Rosenberg m. n. Desselben (Dr. Ruhle).

Der Kläger führt aus: Er habe dem Beklagten am 31. August 1860 laut Anl. 1 eine Partie Goldwaaren zum Betrage von Bco.ℳ 4147. facturirt. Es sei unter den Partieen, wie die Anl. 2 *) zeige, verabredet worden, daß dieser Betrag nach 12 Monaten fällig sein, es dem Beklagten jedoch freistehen solle, innerhalb gleicher Frist etwa Unverkäufliches frei von allen Spesen hier am Platze zurückzuliefern. Der Beklagte habe aber bis zum 31. August 1861 weder bezahlt, noch die Waare, resp. den unverkäuflichen Theil derselben zurückgeliefert. Erst durch ein Schreiben aus Valparaiso vom 2. October 1861 (Anl. 3) habe derselbe ihm angezeigt, daß er an diesem Tage dem Herrn Ed. Rosenberg Auftrag gegeben, die nicht verkaufte Waare auszuliefern; gegen solche verspätete Auslieferung habe er jedoch protestirt, und bitte nunmehr, da a conto Bco.ℳ 1341. 1 ß bezahlt worden, den Beklagten zur Zahlung der restirenden Bco.ℳ 2805. 15 ß zu verurtheilen.

Der Beklagte wendet ein: Die unter den Parteien getroffene Verabredung werde vom Kläger falsch aufgefaßt. Die Festsetzung eines Zeitraums von 12 Monaten habe den Sinn, daß nach Ablauf dieser Frist das Resultat des Geschäfts festgestellt werden sollte: was nach Ablauf der 12 Monate sich als unverkäuflich erwiesen, hätte dann zurückgeschickt, für das bis dahin Verkaufte aber der Facturapreis bezahlt wer-

---

*) Die Anl. 2 lautet:

„Hamburg, d. 28. Aug. 1860.

Herrn J. Rosenberg hierselbst.

Indem ich Ihnen eingeschlossen Factura über die von Ihnen bei mir ausgesuchten Goldwaaren behändige, ersuche ich Sie, mir deren Betrag von Bco.ℳ 4147. einstweilen gutzuschreiben; laut unserer mündlichen Uebereinkunft ist meine Factura in zwölf Monaten fällig, jedoch steht es Ihnen frei, etwa Unverkäufliches aus derselben mir zur selben Frist zu retourniren und am Betrage zu kürzen; solche Rücksendung wäre mir ganz spesenfrei hier am Platze zu liefern. Achtungsvoll

(gez.) H. Himmelheber.“

den sollen. Er sei also nicht verpflichtet gewesen, vor Ablauf dieser Zeit das Unverkaufte hier zurückzuliefern; ja er würde dazu nicht einmal berechtigt gewesen sein, da die Frist von 12 Monaten im Interesse des Klägers hätte eingehalten werden müssen, indem dieser der getroffenen Uebereinkunft gemäß nur die Waaren in natura zurückzunehmen verpflichtet war, die sich während der 12 Monate als unverkäuflich herausgestellt haben würden. Für diese Auslegung der unter den Parteien getroffenen Abrede spreche auch der Umstand, daß alle anderen Kaufleute, mit denen er ganz dasselbe Geschäft geschlossen habe, diese Auffassung theilten und in ihren Briefen (Anl. A) ausdrücklich billigten. Das Geschäft sei demnach nicht als Trödelvertrag, sondern als ein Kauf mit einer Resolutivbedingung anzusehen: die Waaren seien ihm vom Kläger auf ein Jahr Credit verkauft, mit der Bestimmung, daß die bei Ablauf dieser Frist nicht wiederverkauften als gar nicht verkauft angesehen und zurückgeliefert werden sollten. Er habe seine Verpflichtung, nach dem 31. August 1861 zu bezahlen, resp. zurückzuliefern, völlig erfüllt und bitte daher um Abweisung der Klage. Er habe die Waaren auch sobald wie möglich nach dem 31. August abgesandt, denn vor dem 2. October habe sich keine Gelegenheit von Valparaiso hierher gefunden. — Eventuell müsse er behaupten, daß die zwölfmonatliche Frist nicht schon mit dem 31. August 1860, sondern erst mit der am 28. October erfolgten Ankunft der Waaren und der Factura in Valparaiso beginnen sollte, so daß er also auch nach der Auffassung des Klägers rechtzeitig zurückgesendet haben würde. — Der Kläger habe ferner gar kein Recht, selbst wenn die Rücksendung der unverkauften Waaren nicht zeitig geschehen sein sollte, zu verlangen, daß er (Beklagter) jetzt dieselben behalte; er könne vielmehr höchstens Ersatz des ihm dadurch etwa entstandenen Schadens fordern und sei deßhalb angebrachtermaßen abzuweisen. — Selbst wenn aber die klägerische Auffassung des Geschäfts vollständig richtig wäre, stünde der Klage Folgendes entgegen: Er habe am 16. März 1861 brieflich beim Kläger angefragt, ob er die Waaren noch über die bestimmte Zeit hinaus behalten könne, und hierauf habe der Kläger nicht geantwortet, somit sich mit dem Vorschlage einverstanden erklärt. — Endlich seien die Goldwaaren nicht, wie stets vorausgesetzt werde, 14karätig, sondern nur 11- bis 13karätig gewesen; und auch aus diesem Grunde könne er nicht verpflichtet sein, dieselben zu behalten. Er könne vielmehr Schadensersatz dafür beanspruchen und behalte sich alle seine Gerechtsame deßhalb vor.

Der Kläger entgegnet: Für die Verabredung unter den Parteien müsse die Anl. 2, gegen welche der Beklagte beim Empfange nicht monirt habe, an deren Inhalt er also gebunden sei, entscheiden; hiernach sei der Beklagte aber verpflichtet gewesen, am 31. August 1861 entweder den vollen Facturabetrag zu bezahlen oder ihn in den Besitz des unverkäuflichen Restes zu setzen. — Aber auch nach seiner eigenen Auffassung hätte der Beklagte die Waaren spätestens am 31. August 1861 von Valparaiso absenden müssen; er habe dies aber erst am 2. October gethan. — Die andere Auffassung des Beklagten, daß die 12 Monate erst vom Tage der Ankunft in Valparaiso an zu rechnen seien, falle in sich zusammen, da die Parteien nicht in Valparaiso, sondern in Hamburg ihre Stipulation getroffen hätten, die Factura auch nur von Hamburg spreche. — Uebrigens sei das vorliegende Geschäft als ein Trödelvertrag anzusehen, und werde deshalb auf die Entscheidungsgründe des O.-A.-Gerichtlichen Erkenntnisses Vortmann c. Löser Mack & Adelsdörfer verwiesen. — Der angeblich zu geringe Karat der Goldwaaren werde bestritten; übrigens sei die Waare hier gekauft und empfangen, und hätte Beklagter seiner Zeit dagegen moniren müssen. — Auf das Schreiben des Beklagten vom 16. März 1861 (Anl. 4) sei er zu antworten keineswegs verpflichtet gewesen, da ja ein fester Contract unter den Parteien bestand; er habe dasselbe jedoch am 14. Mai erwidert und in seiner Antwort (Anl. 5) die stricte Einhaltung des Uebereinkommens gefordert.

Der Beklagte bestreitet, diese Antwort (Anl. 5) erhalten zu haben.

Erkannt:

Da m. n. Beklagter nicht behauptet, daß sein Vollmachtgeber beim Empfang des klägerischen Schreibens, Anl. 2 zur Klage, sich dagegen verwahrt habe, daß die mündlich zwischen den Parteien getroffene Uebereinkunft in diesem Schreiben richtig wiedergegeben sei, Beklagter auch daher jetzt mit einer dahingehenden Behauptung nicht würde gehört werden können;

da nun nach dem Inhalt dieses Schreibens Kläger es sich ausbedungen hatte, daß die von

ihm in der Anl. 1 zur Klage facturirten Waaren innerhalb 12 Monate — also (da die Factura vom 31. August 1860 datirt) bis zum 31. August 1861 — ihm bezahlt würden, insoweit nicht diese Waaren bis zu diesem Zeitpunkte ihm, und zwar hier am Platze, zurückgeliefert werden sollten; hiernach aber Kläger die ihm nach dem Ablauf dieser Frist angebotene Rücklieferung eines Theiles der Waaren sich nicht gefallen zu lassen braucht, und zwar ohne Unterschied, ob das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft als ein Tröbelvertrag oder als ein Kauf mit einer Resolutiv-Bedingung aufzufassen ist, wie dieses auch in der vom Kläger in Bezug genommenen Sache von dem Oberappellationsgericht anerkannt worden ist;

da auch das Rechtsverhältniß der Parteien dadurch nicht alterirt sein würde, wenn Kläger das Schreiben des Beklagten vom 16. März 1861 unbeantwortet gelassen haben sollte, indem doch Beklagter keineswegs berechtigt war, das Stillschweigen des Klägers dahin zu deuten, daß dieser in eine Abänderung der getroffenen Vereinbarung habe einwilligen wollen;

da endlich die Behauptung des Beklagten, daß die Waaren einen zu geringen Goldgehalt gehabt hätten, hier, und zwar deshalb nicht in Betracht kommen kann, weil Beklagter, wie er nicht bestreitet, die Waaren, bevor sie ihm zugestellt wurden, bei dem Kläger ausgesucht hat und bei dieser Gelegenheit auch den Goldgehalt derselben hätte prüfen können, derselbe also mit dieser Monitur nur dann noch zu hören, wenn Kläger in dieser Beziehung entweder eine Garantie übernommen, oder in betrüglicher Weise verfahren hätte, Beklagter aber weder das Eine noch das Andere behauptet hat:

daß Beklagter schuldig sei, die als Restbetrag der Factura, Anl. 1 zur Klage, von dem Kläger eingeklagten Bco.₰ 2805. 15 ß demselben nebst den Zinsen vom Klagetage an und den Proceßkosten innerhalb 8 Tage s. p. execut. zu bezahlen.

No. 37.

Erste Kammer. Audienz vom 19. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

Gebrüder Behrens (Dr. Malm) gegen Ullberg & Cramer und deren gerichtlich bestellte Mit-Administratoren Westenholz & Co., Frahm und Banzer (Dr. Antoine-Feill).

Die Kläger, welche einer außergerichtlichen Erledigung der Administrations-Masse widersprochen haben und von den Beklagten zur Geltendmachung ihrer Ansprüche an die Masse provocirt worden sind, produciren zwei von Ullberg & Cramer indossirte Wechsel von Bco.₰ 4200. und Bco.₰ 8000. (Anl. 1 und 2), sowie in Anl. 3 eine Abrechnung, laut welcher ihr Anspruch auf Grund dieser Wechsel nach Bezahlung verschiedener Dividenden durch andere Wechselverpflichtete und mit Hinzurechnung der Zinsen seit dem Verfalltage noch Bco.₰ 892. betrage. — Sie verlangen von den Beklagten Anerkennung dieses Anspruches für den Fall, daß die Masse der Administraten bei definitiver Beendigung zur Befriedigung der Kläger im Stande sein sollte.

Die Beklagten wenden ein: Von einem Betrage von ungefähr 75 Millionen Wechselschulden, welche auf der Administrations-Masse gelastet, seien abseiten der verschiedenen Wechselverpflichteten durchschnittlich 87 pCt. bezahlt worden; die Masse selbst habe früher bereits eine Dividende von 5 pCt. bezahlt, und sei dieselbe nach eingehender Prüfung des Handelsgerichts befugt worden, den Gläubigern einen Accord von ferneren 5 pCt. anzubieten, welchem sämmtliche übrigen Gläubiger beigetreten seien, während nur die Kläger allein auf einer weiteren Abwickelung der Administrations-Masse bestanden haben. — Der von denselben geltend gemachte Anspruch sei indessen zum größten Theile unbegründet; auf den Wechsel von Bco.₰ 4200. hätten die Kläger bereits 95 pCt. des Capitals und die Ricambio-Spesen empfangen und demgemäß nur noch 5 pCt. zu fordern, welche ihnen die Beklagten mit Bco.₰ 210. auszukehren bereit seien; auf den Wechsel von Bco.₰ 8000. seien den Klägern bereits 105 pCt. des Capitals bezahlt worden und stände denselben somit auf Grund dieses Wechsels überall kein Anspruch gegen

die Beklagten mehr zu, und zwar um so weniger, als eine auf diesem Wechsel befindliche Notiz des Buchhalters Loehrs vom 23. November 1860 besage, daß auf Grund des Wechsels nur noch ein Anspruch gegen die Traffanten geltend zu machen sei. — Der von den Klägern in der Anl. 3 aufgestellte größere Anspruch beruhe — abgesehen von einigen kleineren Differenzen rücksichtlich von den Klägern beanspruchter Kosten — namentlich auf dem Umstande, daß Kläger — mit entschiedenem Unrechte — außer dem Capital noch Zinsen nach der Zahlungs-Einstellung von Ullberg & Cramer verlangen, obwohl solche Zinsen nach Art. 61 *) der N. Falliten-Ordnung einer Masse nicht zur Last gebracht werden sollen, wie das auch Hasche (Bd. I. Pag. 312) und Baumeister (Blicke. Pag. 397) aussprächen.

Die Kläger wollen nur ihr gutes Recht auf Beendigung der Liquidation zur Geltung bringen. Die Größe ihres Anspruches anlangend, komme es allerdings wesentlich auf die Beantwortung der Frage an, ob die Beklagten ihnen auch Zinsen vom Verfalltage der Wechsel an zu vergüten hätten. — Diese Frage sei indessen von der beklagtischen Ausführung abweichend unzweifelhaft dahin zu beantworten, daß zwar vom Ersatze der Zinsen dann keine Rede sein könne, wenn die Masse nicht mehr als das Capital enthalte; daß aber in einem Falle, in welchem die Masse mehr als das Capital enthalte, auch Zinsen vergütet werden müßten, und ob dieser Fall hier vorliege, müßte eben durch eine Beendigung des Liquidations-Verfahrens festgestellt werden; diese verlangen sie also, indem sie auf volle Befriedigung ihrer Forderung an Capital und Zinsen bestehen. — Diese ihre Berechtigung ergebe sich aus dem Additional-Artikel 1 zur N. Falliten-Ordnung **), wogegen der von den Beklagten in Bezug genommene Art. 61 auf den vorliegenden Fall so wenig passe, wie die gegnerischen Citate aus Hasche und Baumeister; der Art. 61 handle nur von dem Verhältnisse der Gläubiger unter einander, nicht von dem Verhältnisse der einzelnen Gläubiger gegen eine unerledigte Masse; derselbe handle außerdem nur von Verzugszinsen, während hier Conventional-Zinsen vom Verfalltage eines Wechsels an in Frage ständen. Sie berufen sich ferner für die Berechtigung ihrer Forderung auf Seuffert's Archiv Bd. 6 P. 149. Linde's Zeitschrift Bd. 2 P. 208. — Mit der von Loehrs auf den Wechsel gesetzten Notiz habe es nur die Bewandniß, daß Loehrs die Kläger aufgefordert habe, den Wechsel gegen die Traffanten geltend zu machen, wobei die Beklagten die Garantie für die Kosten übernehmen wollten; von einem Verzicht auf die ihnen gegen die Beklagten zustehenden Rechte sei dabei keine Rede gewesen.

Erkannt:

Da Kläger auf den Wechsel im Betrage von Bco.ℳ 4200. bereits 95 pCt. von dem Capital und ausweise der auf dem Wechsel befindlichen, vom 2. Decbr. 1858 datirten, Notiz auch die Ricambiospesen erhalten haben und somit, wenn Beklagte ihrem Erbieten gemäß die von der Wechselsumme noch restirenden 5 pCt. mit Bco.ℳ 210. bezahlen würden, Kläger auf diesen Wechsel nur noch Zinsen würden beanspruchen können;

da sodann den Wechsel von Bco.ℳ 8000 betreffend, selbst wenn Kläger berechtigt sein sollten, sämmtliche von ihnen berechneten Unkosten den Beklagten in Rechnung zu stellen, doch außer der Wechselsumme auch diese Unkosten und ferner noch ein Theil der Zinsen auf diesen Wechsel bezahlt sein würden;

da somit Kläger wegen beider Wechsel nur noch einen Zinsanspruch würden geltend machen können;

da nun die Vorschrift des Art. 61 der N. F.-O. unter 2, nach welcher Zinsen nach declarirter Insolvenz der Masse nicht zur Last kommen sollen, nicht nur auf Verzugszinsen zu beziehen ist und demnach auch Zinsen auf eine Wechselforderung unter diese Vorschrift fallen, wie dieses auch in Sachen F. D. Bieber & Söhne c. G. H. Lutze & Co. und Mitadministratoren am 8. November 1858 vom Handelsgericht ausgesprochen worden ist,

da aus dieser Vorschrift des Gesetzes abgeleitet werden muß, daß an und für sich jedes Fallitverfahren nur bestimmt ist, den Massegläubigern Befriedigung für ihre Kapitalforderung zu gewähren

---

*) Der Art. 61 sub 2 besagt:
„Zinsen nach declarirter Insolvenz kommen der Masse gar nicht zur Last.“

**) Der betreffende Passus dieses Artikels ergiebt sich aus dem Inhalte des Erkenntnisses.

und somit auch ein Fallitverfahren, welches diesen Zweck erreicht hat, bevor sämmtliche vorhandene Activa zur Vertheilung gebracht sind, als erledigt zu betrachten sein würde, so daß dem Cridar, wenn derselbe nicht darin willigen sollte, daß der Ueberschuß zur Vertheilung auf die Zinsen verwendet werde, dieser Ueberschuß auszuliefern, dagegen aber auch den einzelnen Gläubigern das Recht einzuräumen wäre, ihre Zinsforderung gegen den Cridar geltend zu machen;

da mit dieser Auffassung auch die Vorschrift des Addit. Art. 1 zur N. F.-O., nach welcher Curatores bonorum die in der Masse vorräthigen Gelder austheilen sollen, bis Kapital und Zinsen bezahlt sind, durchaus nicht im Widerspruch steht, indem kein Grund vorliegt, hier unter Zinsen andere als die vor der Concurseröffnung fällig gewordenen zu verstehen, wie es denn auch nie bezweifelt worden ist, daß unter dem Ausdrucke „Zinsen" im Art. 105 Abs. 2 nur die Zinsen bis zur Concurseröffnung zu verstehen seien;

da es nun keinem Zweifel unterliegen kann, daß die in Bezug genommene Vorschrift des Art. 61 der N. F.-O. auch auf das über die Firma Ullberg & Cramer in Gemäßheit der Verordnung vom 2. December 1857 eröffnete Administrationsverfahren in Anwendung zu bringen ist, und da ferner die beiden Wechsel der Kläger erst nach Eröffnung dieses verfallen sind, so daß es sich hier um solche Zinsen handelt, welche während der Dauer dieses Verfahrens zu laufen begonnen haben;

da hiernach, wenn — wie die Beklagten behaupten — sämmtliche Gläubiger der von ihnen vertretenen Administrationsmasse sich jetzt, vor beendeter Liquidation dieser Masse für befriedigt erklärt haben, Kläger den obigen Ausführungen zufolge einen Widerspruch dagegen nicht werden erheben können, daß die noch vorhandenen Activa wieder zur Verfügung der Administraten gestellt und das Administrationsverfahren aufgehoben werde;

da jedoch, weil in diesem Fall das Concursverfahren nicht als beendet, sondern der Concurs als wieder aufgehoben zu betrachten sein würde, den Klägern das Recht nicht abgesprochen werden könnte, ihren Anspruch auf Zinsen gegen die Administraten persönlich, so als ob ein Concursverfahren gar nicht stattgefunden hätte, geltend zu machen;

da indessen z. B. und in diesem Proceß ein solcher gegen die Administraten persönlich gerichteter Anspruch nicht in Frage steht und somit hier weder über den Betrag der den Klägern noch zukommenden Zinsen noch darüber zu entscheiden ist, ob Kläger dadurch, daß sie die Notiz vom 23. November 1860 auf den Wechsel über Bco℔ 8000. setzen ließen, auf jeden weiteren Anspruch gegen die Administraten verzichtet haben;

daß den Klägern über das Anerbieten der Beklagten, ihnen auf den Wechsel im Betrage von Bco℔ 4200. annoch Bco℔ 210. zu zahlen Acte zu ertheilen, dieselben aber mit ihren weiter gehenden Ansprüchen gegen die verklagte Administration abzuweisen und ihnen, sowohl für den Fall, daß das Administrationsverfahren, bevor sämmtliche Activa der Firma Ullberg & Cramer liquidirt worden, wieder aufgehoben werden sollte, als auch für den Fall, daß die Activa dieser Firma bei fortgesetzter Liquidation einen Ueberschuß über die Kapitalforderungen der Gläubiger ergeben sollte, wegen der von ihnen geltend gemachten Forderung, alle Gerechtsame gegen die Administraten persönlich vorzubehalten, und die Kosten dieses Verfahrens sowohl, wie diejenigen des Provocationsprocesses zu compensiren.

No. 38.

Zweite Kammer. Audienz vom 3. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Vogler und Siemssen.

Dr. H. Wex m. n. Schiffer Baumeyer gegen Meyer & Bartels (Dr. D. Hertz). (I.)

Der Kläger trägt vor: Schiffer Baumeyer habe sich am 31. März d. J. bei den Beklagten behufs Entlöschung seines Kahnes gemeldet. Die den Letzteren zu bewilligende 14tägige Liegezeit sei somit am 13. April abgelaufen gewesen, der Kahn aber erst am 16. April

leer geworden. Er fordere deshalb Ueberliegegeld für 3 Tage à 3 ℳ mit 9 ℳ.

Die Beklagten entgegnen: Der Tag, an welchem der Schiffer sich beim Empfänger melde, könne für die Liegezeit nicht mitgerechnet werden, denn an diesem Tage könne nicht mehr gestochen werden, jedenfalls aber habe dann der Empfänger keinen vollen Tag mehr zum Löschen. Die Liegezeit beginne daher erst vom Tage nach der Meldung des Schiffers. Insbesondere sei dies im vorliegenden Falle nach dem Inhalte des Ladescheins anzunehmen, in dem es heiße: Die Löschung der Ladung habe innerhalb 14 Tage stattzufinden, „vom Tage der Meldung an gerechnet, wo ich den Herren Empfängern solche zur Verfügung stelle, so daß sie gestochen werden kann." Die Liegezeit sei demnach erst am 14. April abgelaufen gewesen und also nur zwei Liegetage zu vergüten.

Erkannt:

Da die 14 Tage, welche der oberelbische Schiffer dem Empfänger der Waare usancemäßig zum Löschen gewähren muß, nicht an dem Tage ihren Anfang nehmen, an welchem der Schiffer sich meldet, sondern an dem darauf folgenden Tage,

da eine dem widersprechende Bestimmung im Ladeschein nicht zu finden ist, und somit, da der Schiffer sich am 31. März gemeldet hat und am 16. April leer geworden ist, nur zwei Ueberliegetage in Frage stehen:

daß Beklagte schuldig seien, dem m. n. Kläger für zwei Ueberliegetage eine Vergütung von 6 ℳ s. p. exec. zu bezahlen. Die Prozeßkosten sind zu compensiren.

No. 39.

Zweite Kammer. Audienz vom 3. Mai 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Vogler und Siemssen.

Dr. H. Wex m. n. Steuermann Becker gegen Meyer & Bartels (Dr. D. Hertz). (II.)

Der Kläger verlangt Ueberliegegeld für neun Tage mit 27 ℳ und Ersatz der Kosten des wegen der verzögerten Entleerung seines Kahnes erhobenen Protestes.

Die Beklagten entgegnen: Der Kläger habe sich ausweise des Frachtbriefes verpflichtet, im Falle nicht rechtzeitiger Entlöschung durch freundliches Entgegenkommen die Empfänger möglichst vor Schaden zu bewahren. Durch Krankheit des Empfängers Stoppel nun sei die Abnahme verzögert worden, statt aber den Beklagten freundlich entgegen zu kommen, habe Kläger seiner Verpflichtung zuwider, Protest erhoben und die Beklagten verklagt. Der Frachtbrief enthalte ferner die Clausel, daß hinsichtlich des Ueberliegegeldes das billige Ermessen der Beklagten eintreten solle, wodurch eine Klage des Schiffers ausgeschlossen werde; dieselben wollten dem Schiffer 2 ℳ pr. Tag bewilligen. Die Zahl der Ueberliegetage solle nicht bestritten werden.

Erkannt:

Da Beklagte die Zahl der geltend gemachten Ueberliegetage nicht bestritten haben,

da auch der Passus des Ladescheines, dem zufolge der Steuermann sich verpflichtet hat, im Falle nicht rechtzeitiger Löschung durch freundliches Entgegenkommen die Empfänger möglichst vor Schaden zu bewahren, einen Verzicht auf das übliche Ueberliegegeld nicht enthält, der Passus aber, nach welchem er für Ueberliegezeit eine Vergütung nach billigem Ermessen der Empfänger erhalten soll, die Bestimmung der Höhe der Vergütung keineswegs lediglich dem Ermessen der Empfänger anheimgiebt, vielmehr eine richterliche Entscheidung darüber nicht ausschließt, ob das Ermessen der Empfänger in concreto als ein billiges angesehen werden kann oder nicht;

da es somit darauf ankommt, ob die von den Beklagten offerirten 2 ℳ Ueberliegegeld pr. Tag als der Billigkeit entsprechend angesehen werden können, für die Antwort auf diese Frage aber der Umstand maaßgebend sein muß, daß, namentlich in Berücksichtigung der sehr reichlich durch die Usanz auf 14 Tage festgesetzten Löschzeit, nicht auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift, sondern nach billigem Ermessen der hambg. Kaufmannschaft, einem Schiffer, welcher mit zwei Knechten fährt, regelmäßig für jeden Ueberliegetag eine Vergütung von 3 ℳ zugesprochen worden ist;

da die Beklagten auch nichts haben anführen

können, was im vorliegenden Falle eine geringere Entschädigung motiviren könnte;

da hingegen der vom Schiffer erhobene Protest weder gesetzlich vorgeschrieben, noch überhaupt nothwendig war, somit die durch dessen Beschaffung entstandenen Kosten die Beklagten nicht treffen können;

da aber diese Pluspetition keinen Einfluß auf die Entscheidung des Kostenpunktes ausüben darf, weil die Verhandlung gezeigt hat, daß der Hauptstreitpunkt der Parteien das Ueberliegegeld war

daß Beklagte zu verurtheilen, dem m. n. Kläger, welcher mit seiner Forderung auf Ersatz der Protestkosten abzuweisen, die eingeklagten 27 ℛ Ueberliegegeld und die Kosten dieses Verfahrens einschließlich derer der fruchtlos gehaltenen Commission innerhalb acht Tage s. p. exec. zu bezahlen.

Obergericht.

No. 22.

In Sachen Albrecht & Dill gegen Capitain Charlesworth (cfr. No. 12 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 23) hat das Obergericht am 9. Mai erkannt:

da, was 1. die Beschwerden des Citaten anlangt, ein zu Gunsten eines Fremden gegen einen Fremden hier gelegter Arrest weder nichtig noch unzuläßig ist, vielmehr die Bewilligung vorläufiger Sicherungs-Maßregeln solcher Art über die Befugnisse des Richters nicht hinausgehen, auch — namentlich in Fällen der vorliegenden Art — der hiesigen Praxis entsprechen;

da ferner zwar in Zweifel gezogen werden kann, ob die Verpflichtung des Bürgen, die Citation Namens des ursprünglichen Impetraten anzunehmen, unbedingt aus der Natur der cautio judicio sisti folgt, jedoch in dem vorliegenden Fall um so weniger Grund vorhanden ist, von den Folgen, welche die hiesige Praxis der Verbürgung eines Arrestes beilegt, abzuweichen, als der Citat, welcher sich jetzt für von der Rhederei zu deren Vertretung in diesem Proceß beauftragt erklärt, nicht befugt ist, die Annahme der Citation für seine Mandanten zurückzuweisen;

da, was 2. die Beschwerden der Citanten und zwar A. deren Hauptbeschwerde anlangt, im Allgemeinen der Grundsatz feststeht, daß der Arrest an und für sich eine sonst nicht vorhandene Competenz nicht begründet und wenn unser topisches Recht ein solche Competenz bei gegen Fremde gelegten Arresten anerkennt, darin offenbar nur eine Bestimmung zu Gunsten des hiesigen Arrestlegers zu erkennen ist, welche weder nach der Absicht des Gesetzes, noch nach der Praxis dem Fremden, auf dessen Anhalten ein Arrest gelegt worden ist, zu Gute kommt;

da ferner der Satz, daß einem flüchtigen Schuldner gegenüber ausnahmsweise der Arrest die Competenz für die Hauptsache begründe, auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leidet, indem es sich — auch nach den Behauptungen der Citanten — hier nicht sowohl um einen flüchtigen Schuldner, als um einen den Ansprüchen der Kläger unzulässiger Weise entzogenen Gegenstand handelt;

da ebensowenig der Umstand, daß — nach den Aufstellungen der Citanten — durch den fremden Schuldner dem fremden Gläubiger an einem fremden Orte auf widerrechtliche Weise ein Object der Befriedigung entzogen worden, die Competenz der hiesigen Gerichte zur Bewirkung der Restituirung des entzogenen Objectes begründen kann;

da was endlich die Begründung des hiesigen Gerichtsstandes als des fori rei sitae anlangt, auch dann, wenn man den Ausführungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in dem Bremischen Proceß zwischen dem Mecklenburgischen Schiff „Magnus & Theodor" und dem Amerikanischen Schiff „General Washington" darin zustimmt, daß Rechte an ein Schiff da, wo sich dasselbe befindet, verfolgt werden können, und wenn man auch die Prämisse zugiebt, daß der Forderung aus dem Berg- oder Hülflohn ein dingliches Recht an das Schiff in allen Fällen zustehe, dennoch der dingliche Charakter des hier in Rede stehenden Anspruches nicht constirt, da der klägerische Mandant auf die bloße Anweisung, die der Capitain an ihn, als an seinen Agenten, gerichtet hat, dem

Berger die ihm zugesicherte Summe bezahlt, Letzterer aber einfach über den Empfang quittirt hat, ohne ein ihm an das Schiff zustehendes dingliches Recht an den klägerischen Mandanten zu übertragen, auch die Bestellung eines solchen durch den Capitain nicht ersichtlich ist;

da mithin auf die Haupt-Beschwerde der Citanten, die dahin gerichtet ist, daß die Competenz der hiesigen Gerichte zur Entscheidung der Hauptsache anerkannt werde, nicht eingegangen werden kann;

da hingegen, was B. die eventuelle Beschwerde der Citanten anlangt, welche darauf gegründet ist, daß nicht die Competenz des Wisbyer Gerichts als eine mit der des englischen concurrirende anerkannt und die Execution eines vom dem ersteren Gericht zu fällenden Urtheils in Aussicht gestellt worden,

zwar die Anerkennung der Competenz des Wisbyer Gerichts durch den auf das fremde Schiff als solches gelegten Arrest nicht begründet erscheinen würde, indem eine solche singuläre lediglich zu Gunsten des Inländers gegen den Ausländer zugelassene Competenz keinen Anspruch darauf hat, von den Gerichten eines fremden Landes anerkannt zu werden;

da auch hieran durch den Umstand nichts geändert wird, daß der Schiffer sich nach der Behauptung der Citanten dem Arreste und der auf demselben zu begründenden Competenz durch seine eigenmächtige Entfernung entzogen hat, indem, wenn der fremde Richter eine solche Competenz zu schützen keinen Beruf hat, es ebensowenig innerhalb der Grenzen seiner Befugniß liegt, gegen die angebliche Widerrechtlichkeit, die in der Auflehnung gegen diese Competenz gefunden wird, einzuschreiten;

da aber Wisby als der Ort zu betrachten ist, wo die Darleiher die Zurückbezahlung des von ihnen ausgelegten Geldes fordern dürfen, das Wisbyer Gericht mithin als das forum solutionis — auch ganz abgesehen von dem gelegten Arrest und der Qualität des fremden Schiffes — nach allgemein anerkannten Grundsätzen des Proceßrechts competent ist, demnach der auf solcher Grundlage ruhenden Competenz die Anerkennung nicht darum verweigert werden darf, weil sie auf eine andere, wenn auch in gleichem Maße rechtsgültige, als die des forum domicilii der Citanten gegründet ist:

daß unter Verwerfung der von dem Citaten erhobenen Nichtigkeits-Beschwerde und seiner beiden Appellations-Beschwerden, sowie der ersten Beschwerde der Citanten, das handelsgerichtliche Erkenntniß vom 6. Februar d. J. mit Rücksicht auf die eventuelle Beschwerde der Citanten, unter Bestätigung seines übrigen Inhalts dahin abzuändern, daß zur Manutenirung der von H. C. Röver übernommenen Caution außer dem vom Handelsgericht auferlegten innerhalb dreier Monate zu erbringenden Nachweis der bei dem competenten Englischen Gerichte abseiten der citantischen Mandanten erhobenen Klage auch der innerhalb gleicher Frist zu erbringende Nachweis einer bei dem competenten Gericht zu Wisby erhobenen Klage genüge.

Die Kosten dieser Instanz sind zu compensiren.

Niedergericht.

No. 17.

In Sachen Proc. Dorn m. n. J. C. Krüger gegen H. Apel (cfr. No. 17 der „Gerichts-Zeitung", Präturen No. 7) hat das Niedergericht in Folge beklagtischer Supplication am 5. Mai erkannt:

Da die in dem angefochtenen Erkenntnisse aufgestellten Rechtsgrundsätze sowohl der constanten hiesigen Praxis als dem gemeinen Rechte durchaus entsprechen,

vergl. noch Erkenntniß des O.-A.-Gerichts zu Lübeck in der Hambg. Rechtssache Heuz & Krause c. Berg vom 29. März 1859, in Seuffert's Archiv, Bd. 14, No. 88, Pag. 123/25;

da auch der in dieser Instanz geltend gemachte Umstand, daß es sich hier um die Forderung eines Ausländers gegen einen Ausländer handle, um so weniger zu einer abändernden Entscheidung führen kann, als gar nicht behauptet ist, daß in Mecklenburg, welchem Lande beide Parteien angehören, in der fraglichen Beziehung andere, vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmungen Geltung haben:

daß das vom Beklagten angefochtene Erkenntniß der ersten Prätur vom 25. März 1862 lediglich zu bestätigen sei.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 22. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 31. Mai. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Gallois c. Kleissen. — Fraustaedter & Co. c. Kosow. — Oberappellationsgericht: Cur. bonor. Müller c. Dencker.

Handelsgericht.

No. 40.

Zweite Kammer. Audienz vom 7. Mai 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Krönig und Siemssen.

Dr. J. G. Gallois als Wechselinhaber, gegen G. Kleissen (Dr. Nathan.)

Der Kläger ist im Besitze eines vom Beklagten auf Duncker in Altona gezogenen und von diesem acceptirten Wechsels, groß Bco℔ 610. —, fällig am 27. Januar 1862 (Anlage 1). Auf der Rückseite des Wechsels befindet sich das Blanco-Indossament des Beklagten, so wie diejenigen von Albertini Klür & Co. und von J. Peters. Am 24. April citirte der Kläger auf Grund dieses Wechsels den Beklagten zur Bezahlung desselben, „da der Acceptant des Wechsels seine Zahlungen eingestellt habe;" indem Kläger zugleich einen am 18. Jan. 1862 beim Acceptanten Mangels Sicherstellung levirten Protest (Anlage 2) dem Beklagten abschriftlich insinuiren ließ. Nachdem der Beklagte auf die erste Citation nicht erschienen, darauf zum 30. April ad secundam citirt worden und an diesem Tage der beklagtische Anwalt erschienen war, erklärte der Kläger, seine auf den 30. April ausgebrachte Citation ad secundam „für heute cessiren" lassen zu wollen, und wurde diesem klägerischen Antrage trotz erhobenen Widerspruches abseiten des Beklagten, welcher gänzliches Aufgeben der Klage oder sofortige Verhandlung verlangte, unter Verurtheilung des Klägers in die Terminskosten Folge gegeben. An demselben Tage (30. April) citirte nunmehr der Kläger abermals den Beklagten ad secundam und ließ demselben zugleich mit jener Citation die Abschrift eines am 28. Januar bei dem Acceptanten des Wechsels erhobenen Protestes Mangels Zahlung insinuiren (Anlage 3).

Beklagter wendet ein: Nachdem der Klagegrund der erhobenen Regreßklage in der ersten Citation ausschließlich in dem Umstande der Zahlungseinstellung des Acceptanten gefunden und die Erhebung eines Protestes Mangels Zahlung bei Verfall nicht einmal behauptet, geschweige denn documentirt worden, sei die in der zweiten Citation enthaltene Aufstellung eines durchaus neuen Klagegrundes eine processualisch unzulässige Abänderung der ursprünglich erhobenen Klage. Unter allen Umständen aber stehe der nunmehr abgeänderten Klage die Einrede der Verjährung entgegen, da die Regreßverjährung gegen den Beklagten am 28. April abgelaufen sei und somit die am 30. April erfolgte Abänderung oder neue Begründung der Klage ohne Einfluß auf den Ablauf der Verjährung bleiben müßte, es sich also lediglich um die Beantwortung der Frage handle, ob die ursprünglich angestellte Klage, so

wie sie anfänglich vorlag, die Regreßverjährung zu unterbrechen im Stande gewesen; diese Frage aber unbedenklich zu verneinen sei. Denn der Art. 41 der Allgem. deutschen Wechsel-Ordnung setze als nothwendiges Requisit der Regreß-Klage die Levirung eines Protestes Mangels Zahlung beim Acceptanten voraus, es habe aber die ursprünglich angestellte Klage nicht einmal die Existenz eines solchen Protestes behauptet, die Klage würde also, wie sie substantiirt gewesen, von Amtswegen abzuweisen gewesen sein; die nachträgliche Emendation derselben aber — wenn processualisch zulässig — könnte den Ablauf der inzwischen bereits vollendeten Verjährung nicht mehr unterbrechen; es sei nämlich nicht wohl zu bezweifeln, daß der Art. 80 der Wechsel-Ordnung, welcher die Verjährung „nur durch Behändigung der Klage" unterbrechen lasse, eine gehörig substantiirte vor dem competenten Gerichte erhobene Klage subintelligire, keineswegs aber einer unsubstantiirten oder verkehrt begründeten Klage — wie sie in concreto vorlag — jene Wirkung beimesse. Selbst nach gemeinem Rechte, welches doch die Verjährung schon durch bloße mala fides des Schuldners unterbrechen lasse, habe eine etwa angebrachtermaßen abgewiesene Klage nicht die Wirkung einer Unterbrechung der Verjährung. — Gestützt auf diese Einreden lasse er sich nur eventuell ein und bemerke hier, daß der klägerische Indossant J. Peters von seinen Vormännern, Albertini Klür & Co., eine Partie Hopfen als Deckung für den Wechsel erhalten, er selbst aber sich mit Albertini Klür & Co. berechnet habe, und reservire er wegen dieser allerdings illiquiden Einrede eventuell Gerechtsame in separato. Ferner sei ihm von der Erhebung des Protestes keine Anzeige gemacht worden, er also im schlimmsten Falle nicht verpflichtet, Zinsen und Kosten zu bezahlen, auch berechtigt, seinen Schadensanspruch wegen dieser unterlassenen Anzeige geltend zu machen, welcher darin seinen Grund habe, daß bei zeitiger Benachrichtigung er noch im Stande gewesen sein würde, von dem Acceptanten des Wechsels vor dessen inzwischen erfolgter Insolvenz-Erklärung Zahlung oder Deckung zu erlangen. — Endlich stehe dem gegenwärtigen Kläger die Einrede der mangelnden Legitimation ad causam entgegen, da das Blanco-Indossament von Albertini Klür & Co., durch welches der klägerische Indossant J. Peters legitimirt werde, bereits vor der Erhebung des auf Requisition von Albertini Klür & Co. levirten Protestes Mangels Zahlung (Anlage 3), sich auf dem Wechsel befunden habe, mithin zu einer Uebertragung des Wechsels nach erhobenem Proteste untauglich geworden sei; welche Ansicht von der zweiten Kammer des Handelsgerichts neuerdings in den Entscheidungen Dr. Noack c. Schönborn (No. 2 der Gerichtszeitung) und Dr. May c. Rumpf (No. 12 der Gerichtszeitung) ausgesprochen worden sei, auch in der Abhandlung von Riesser im Neuen Archiv für Handelsrecht begründet werde. — Im vorliegenden Falle nun befände sich auf beiden Protesten als letztes Indossament dasjenige von Albertini, Klür & Co., der erste Protest Mangels Sicherstellung sei auf Requisition von Peters, der zweite Mangels Zahlung auf Requisition von Albertini, Klür & Co. erhoben worden, mithin haben Albertini, Klür & Co. vor Verfall den Wechsel von Peters eingelöst; die spätere abermalige Begebung desselben sei nach der Erhebung des Protestes Mangels Zahlung geschehen, durfte also nach den citirten Entscheidungen nicht durch ein bereits früher verbrauchtes Blanco-Indossament, sondern mußte durch ein neues Indossament bewerkstelligt werden, wobei es selbstverständlich ganz gleichgültig sei, ob der neue Erwerber des Wechsels nach Verfall denselben bereits früher einmal vorübergehend besessen habe, falls er — wie im vorliegenden Falle — zur Zeit der Protesterhebung bei Verfall wieder aus dem Wechselverbande ausgeschieden gewesen sei, denn durch dieses Ausscheiden vor Verfall sei Peters so gut ein Fremder geworden, wie jeder Dritte, der den Wechsel niemals besessen habe. —

Der Kläger replicirt: In der nachträglichen Beibringung des anfänglich nicht producirten Protestes liege keine Abänderung der Klage, aber selbst eine solche sei vor erfolgter Streiteinlassung noch zulässig. Die Production des Protestes würde übrigens selbst replicando noch zeitig genug geschehen sein, da es vom Kläger nicht verlangt werden könne, den seinem Anspruche etwa entgegen zu stellenden Einreden bereits in der Klage selbst vorzubeugen. — Die Einrede der Verjährung sei unbegründet, da die hier vorliegende, jetzt jedenfalls genügend liquide gemachte Klage vor Ablauf der Verjährungsfrist angestellt sei; übrigens auch selbst eine ungenügend substantiirte, ja selbst eine angebrachter Maaßen abgewiesene Klage den Ablauf der Verjährung unterbreche. — Die Wechsel-Ordnung verlange zu diesem Zwecke eben nur Behändigung der Klage, welche hier

jedenfalls zeitig erfolgt sei. — Auf die illiquiden Einreden der empfangenen Deckung wolle er sich in diesem Verfahren so wenig einlassen, wie auf die vom Beklagten geltend gemachten illiquiden angeblichen Schadensansprüche. — Die Einrede der mangelnden Legitimation ad causam sei hinfällig, da das Blanco-Indossament von Albertini, Klür & Co. zur Legitimation des klägerischen Indossanten vollkommen hinreiche und nicht als ein verbrauchtes anzusehen sei.

Erkannt:

da der Art. 80 der Wechsel-Ordnung für die Unterbrechung der Verjährung nur die Behändigung der Klage verlangt, dabei aber nicht als ein unumgängliches Erforderniß die sofortige Vorlage der Documente vorschreibt, durch welche der Kläger den Grund seiner Klage zu erweisen gedenkt,

da ferner der Art. 21 der Handelsgerichts-Ordnung zwar dem Citanten die Mittheilung von Abschriften aller dem Gerichte vorzulegenden Documente an den Citaten zur Pflicht macht, jedoch ohne ein bestimmtes Präjudiz für die Nichtbeachtung dieser Vorschrift festzustellen,

da somit kein Grund vorliegt, der vom Kläger dem Beklagten am 24. April behändigten allerdings nicht geschickt abgefaßten Klage, zumal da dieselbe durch den nachträglich beigebrachten Protest Mangels Zahlung völlig liquide gemacht worden die Wirkung der Verjährungsunterbrechung abzusprechen,

da ferner, die Legitimation des Klägers anlangend, das Blanco-Indossament von Albertini, Klür & Co. im vorliegenden Falle und im Verhältnisse zum Nachindossanten J. Peters nicht als ein verbrauchtes angesehen werden kann, weil ausweise des am 18. Januar d. J. levirten Protestes gerade durch dieses Indossament die Wechselforderung auf J. Peters übertragen war und somit nur eine Rückgabe des Wechsels an diesen, nicht aber eine Personalveränderung stattgefunden hat,

daß die vom Beklagten vorgeschützten Einreden zu verwerfen und Beklagter, welchem wegen seines unbescheinigten Vorbringens puncto der Bezahlung des vorliegenden Wechsels und hinsichtlich der ihm etwa zuständigen Schadensansprüche wegen unterlassener Benachrichtigung von der Nichtzahlung alle in separato geltend zu machenden Gerechtsame vorbehalten bleiben, schuldig sei, dem Kläger die eingeklagten Bco℔ 610. — Wechselschuld, sammt Zinsen vom 1. Mai d. J. und den Kosten des Verfahrens, soweit über dieselben nicht schon erkannt worden, sofort zu bezahlen.

Auf beklagtische Appellation erkannte das Obergericht am 23. Mai 1862:

da, was die erste Beschwerde anlangt, dem Handelsgerichte darin beizustimmen ist, daß, da die Wechselordnung die Verjährung durch Behändigung der Klage unterbrechen läßt, ein mehreres als diese zu solchem Zweck nicht gefordert werden darf, übrigens auch das gem. Recht

C. 3 Cod. de annali exceptione VII., 40 die Vorschrift enthält, daß die Mittheilung der Klage an den Beklagten, selbst ohne bestimmte Angabe des Klaggrundes, schon die Unterbrechung der Verjährung herbeiführt;

da, was die zweite Beschwerde betrifft, der Grund der hier vorliegenden Streitfrage allein in dem zweiten Absatz des Art. 16 der W.-O. zu suchen ist, nach welchem der Indossatar eines vor dem Indossamente bereits Mangels Zahlung protestirten Wechsels nur die Rechte seines Indossanten gegen den Acceptanten, den Aussteller und diejenigen hat, welche den Wechsel bis zur Protesterhebung indossirt haben, der nach der Protesterhebung Indossirende selbst aber nicht wechselmäßig verpflichtet ist;

da es seine Richtigkeit hat, daß, um dem Sinne dieser Vorschrift zu genügen, auf den Moment des Erwerbs des Wechsels gesehen werden muß, daß mithin der Inhaber, welcher aus einem vor der Protesterhebung auf dem Wechsel befindlichen Blanco-Indossament denselben erweislich nach der Protesterhebung erworben hat, in den Bereich der Vorschrift fällt;

da hieraus nothwendig die beiden Ergebnisse folgen, daß der Inhaber, welcher nur die Rechte des Blanco-Indossanten hat, sich die dem Letzteren obstirenden Einreden gefallen lassen muß und ihn, den Blanco-Indossanten selbst, nicht wechselrechtlich in Anspruch nehmen kann:

da aber aus der obigen Prämisse keineswegs folgt, daß der Blanco-Indossant seine vor der Protesterhebung auf dem Wechsel gesetzte Unterschrift nicht nach der Protesterhebung benutzen dürfe, um vermittelst Aushändigung des Wechsels die oberwähnte, immer nach zulässige, freilich ihren wechselrechtlichen Wirkungen nach unvollständige Uebertragung zu bewirken, und daß er zu solchem Zweck den völlig bedeutungslosen, für das Wechselrecht und den Wechselproceß gleichgültigen und nur zur Verwirrung führenden Act einer nochmaligen Unterschrift vornehmen müsse;

da auch die von dem Appellanten in Bezug genommenen Erkenntnisse und literarischen Ausführungen, wenn man sie richtig versteht, nur die obigen, richtigen Sätze, keineswegs die zuletzt gedachte, falsche Aufstellung enthalten;

da nun in concreto aus der Vergleichung des Wechsels mit den beiden Protesten folgt, daß das Indossament J. Peters, aus welchem der Kläger sein Recht ableitet, erst nach dem auf Requisition von Albertini, Klür & Co. bewirkten Protest Mangels Zahlung auf den Wechsel gekommen ist;

da mithin sowohl J. Peters, als der Kläger, als Indossatare nach dem Proteste zu behandeln sind, daher der Kläger sich allerdings sowohl die gegen Albertini, Klür & Co. als die gegen J. Peters gerichteten Einreden gefallen lassen muß;

da aber das Handelsgericht mit vollem Recht die vorgeschützten Einreden darum im Wechselproceß nicht beachtet, sondern ad separatum verwiesen hat, weil ihre thatsächliche Grundlage weder erwiesen, noch irgendwie bescheinigt worden ist, der Indossatar nach dem Proteste aber zwar nur die Rechte seines Indossanten, diese aber in vollständig wechselrechtlicher Weise auszuüben hat, mithin so wenig als ein anderer Wechselinhaber auf völlig unbescheinigte Einreden hin abgewiesen werden darf;

da aber dem Beklagten seine etwa in separato geltend zu machenden Einreden in ihrem ganzen, oben erwähnten Umfange vorbehalten sind,

daß das Erkenntniß a quo vom 7. d. M. unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen.

No. 41.

Erste Kammer. Audienz vom 8. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

G. Fraustaedter & Co. (Dr. Noack) gegen A. Kosow (Dr. G. Hertz).

Die Kläger verlangen sofortige Abnahme von laut Schlußnota gekauften mit Connossement des Schiffers Ludwig (Anl. 2) von dem Schiffer Baumeyer hierher gebrachten circa 22 Last Weizen.

Der Beklagte entgegnet: Er wolle die in Sachen Arnthal & Horschitz Gebrüder c. Eggers (cfr. „Gerichts-Zeitung" No. 20, Handelsgericht No. 34) von dem damaligen Beklagten vorgebrachten Einreden auch hier vorgeschützt haben. Der Name des Schiffers (Ludwig) sei hier in der Schlußnota selbst aufgegeben worden und brauche er sich die Umladung in Berlin nicht gefallen zu lassen. Ein anderer Schiffer, welcher vierzehn Tage später als Ludwig von Breslau abgegangen, sei früher als dieser hier eingetroffen, und komme es wesentlich gerade auf die schnelle Ankunft an.

Die Kläger repliciren: Die Identität der von dem Schiffer Baumeyer hierher gebrachten mit der vom Beklagten gekauften Waare sei, da Schiffer Baumeyer das Connossement und überdies eine Bescheinigung vom Schiffer Ludwig habe, nicht zu bestreiten und könne Beklagter daher den Empfang derselben nicht weigern. Die Interessenfrage wegen der Umladung gehöre nicht in diesen Proceß. Wenn den Ablader und Verkäufer keine culpa treffe, so würde eine eigenmächtige Umladung von Seiten des Schiffers, wie sie hier stattgefunden,*) nur zu Lasten des Käufers sein.

Der Beklagte entgegnet: Die Bescheinigung des Schiffers Ludwig sei für ihn irrecognoscibel. Wenn Schiffer Ludwig seinen Contract gebrochen, so würde dies nicht zu Lasten des Käufers, vielmehr dieser, selbst wenn der Schiffer durch einen Zufall nicht herkomme, nicht verpflichtet sein, das Geschäft anzuerkennen.

Erkannt:

da nach Inhalt des Connossements, Anl. 2, Schiffer Ludwig die von ihm in Breslau ein-

---

*) Dem Connossement zufolge hatte der Schiffer Ludwig die Waare hierher zu bringen.

genommene Waare mit seinem Kahn hierher zu bringen hatte, auch Beklagter sich keineswegs darauf berufen kann, daß diesem Schiffer anderweitig, sei es von dem Ablader, sei es von den Klägern die Befugniß ertheilt sein kann, unterwegs die Waare einem andern Kahn zur Weiterbeförderung zu übergeben, Beklagter vielmehr die Angabe der Kläger, daß die von ihnen behauptete Umladung eine eigenmächtige Handlung des Schiffers gewesen, unbestritten gelassen hat;

da unter diesen Umständen eine erfolgte Umladung nicht zur Verantwortung der Kläger stehen würde, wie dieses auch bereits in einem ähnlichen Falle, nämlich in Sachen August Herz gegen N. H. Lütgens, im Jahre 1856 von den hiesigen Gerichten anerkannt worden ist;

da nun aber Beklagter bestreitet, daß die von dem Schiffer Baumeyer hierher gebrachte Waare die mit dem Schiffer Ludwig von Breslau abgeladene sei und ein vollständiger Beweis hierfür durch die bisherigen Producta der Kläger nicht erbracht wird:

daß beiden Parteien hinsichtlich der Frage, ob das von den Klägern beigebrachte Attest der Makler Beyer und Eggers als maaßgebend hinsichtlich der Qualität, der Beschaffenheit und des Gewichts der Waare zu betrachten sei, für jetzt alle Gerechtsame vorzubehalten und Kläger vorgängig zu beweisen haben:

daß die von dem Schiffer Baumeyer hierher gebrachten 56 Wispel Weizen die ausweise des Connossements (Anl. 2) mit dem Schiffer Ludwig von Breslau verladenen seien.

Es haben Kläger diesen Beweis — dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — unter gestatteter Benutzung des bisher Beigebrachten innerhalb acht Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Strafe des Beweisverlustes anzutreten, worauf dann ferner wie Rechtens erkannt werden soll.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 15.

In Sachen der Curatores bonorum von J. G. Müller gegen G. F. Dencker (cf. No. 1 und No. 15 der Gerichtszeitung von 1861) hat in Folge klägerischer Appellation das Oberappellationsgericht zu Lübeck am 16. Mai erkannt:

> daß das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 12. Juli 1861, wie hiemit geschieht, wieder aufzuheben und das handelsgerichtliche Urtheil vom 25. März desselben Jahres unter Vergleichung der Kosten beider Appellations-Instanzen wiederherzustellen.

Entscheidungsgründe:

Die Curatoren haben Klage erhoben aus einem am 20. Juli 1860 zwischen dem Gemeinschuldner, damals in Firma Müller & Schlegel, und dem Beklagten abgeschlossenen Kaufgeschäft, mittelst dessen der Letztere eine näher angegebene Quantität Kartoffelspiritus zu einem bestimmten Preise gegen sein Accept drei Monat dato von der Ersteren gekauft hatte, nachdem von dem Verkäufer Müller am 2. November 1860 die zu Bco.✠ 30,030. 7 ß facturirte Waare dem Käufer gegen Accepte zum Betrage von Bco.✠ 28,300 ausgeliefert und von diesem zwar die Waare in Empfang genommen, die Accepte jedoch verweigert waren, weil dem Käufer, selbst nach Abzug gedachten Facturapreises eine namhafte Conto-Courant-Forderung an den Verkäufer ungedeckt bleibe, und in Folge dieses Verfahrens der Verkäufer Müller, welcher seinem Verkäufer, Saling in Berlin, nicht gerecht werden konnte, gezwungen war, seine Zahlungsunfähigkeit gerichtlich zu erklären. Die angestellte Klage mußte der Klagbitte, den Erklärungen in der Replik und bis in die jetzige Instanz zufolge als Vindication der Waare aufgefaßt, die Vindication als begründet anerkannt, die dagegen erhobenen Einwendungen mußten verworfen und mithin das Obergerichts-Erkenntniß aufgehoben und das Handelsgerichts-Urtheil hergestellt werden. Denn:

1) Die principale Frage bei jeder Vindication, ob der Beklagte besitze, resp. als Besitzer anzusehen sei, war zu bejahen. Zwar hat der Beklagte erklärt,

daß er längst über die Waare anderweit verfügt habe und deren Besitz auf andere übergegangen sei. Das vermag ihn jedoch in dem vorliegenden Fall nicht zu befreien, da seine Besitzentäußerung als ein arglistiges Aufgeben des Besitzes angesehen werden mußte. Das Ober-Appellations-Gericht hat sich schon früher dahin ausgesprochen, daß eine Person, welche in bösem Glauben den Besitz einer Waare erworben hat und dieselbe weiter veräußert, schon durch die Veräußerung und ohne daß es des Nachweises, dieselbe sei in der Absicht geschehen, sich hierdurch der Vindication des wahren Eigenthümers zu entziehen, bedürfte, als fingirter Besitzer angesehen werden müsse;

vergl. die Ausführungen in den Entscheidungs-Gründen zur Frankf. Sache Reinach c. Wissenbach, vom 7. April 1845, abgedruckt bei Römer: Sammlung der Entscheidungen des O.-A.-G. zu Lübeck in Frankf. Sachen, Bd. 4, S. 625, No. 354;

daß aber der Erwerb der Waare von Seiten des Käufers in bösem Glauben erfolgt sei, ergiebt sich ohne Weiteres daraus, daß er dieselbe angenommen und die Acceptation der ihm daneben übersandten Wechsel abgelehnt hat; indem er sich unmöglich verhehlen konnte, daß von einer Auslieferung der Waare sicherlich abgestanden sein würde, wenn man ihm nicht das Vertrauen geschenkt hätte, er werde seinen contractlich übernommenen Verpflichtungen entsprechen.

2) Eine fernere Frage für die Durchführung des klägerischen Anspruchs ist die, ob der Gemeinschuldner Eigenthümer sei, insbesondere, ob ein Uebergang des Eigenthums auf den Beklagten bereits stattgefunden habe. Bei deren Beantwortung wird es lediglich auf eine Beurtheilung des zweiten Punktes ankommen, da der erste von dem Gegner nicht beanstandet ist und mithin angenommen werden durfte, Müller sei vor der Auslieferung der Waare an den Beklagten deren wirklicher oder prätorischer Eigenthümer gewesen. Ein Uebergang des Eigenthums auf den Beklagten konnte aber nicht angenommen werden. Der Inhalt des Kaufgeschäftes geht dahin, daß von Seiten des Verkäufers die Waare, von Seiten des Käufers Dreimonatsaccepte als wechselmäßige Sicherheitsleistung für die dereinstige Zahlung des Kaufpreises gegeben werden sollen. Die Absicht, Eigenthum zu übertragen, war demnach bei Ueberlieferung der Waare die, daß Ersteres stattfinden solle, wenn die dagegen übersandten Wechsel acceptirt würden. Die Acceptleistung selbst und nicht etwa das bloße Versprechen einer solchen bildet mithin, wie mit dem Handelsgerichte angenommen werden mußte, die reale Voraussetzung der Eigenthumsübertragung; sie bildet ebenso wie die wirkliche Zahlung des Kaufpreises diejenige Befriedigung des Verkäufers, deren Beschaffung rechtlich nothwendig ist, wenn das Eigenthum auf den Käufer übergehen soll.

§ 41. I. de rer. div. (2. 1) venditae res et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori .... satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato.

Hat nun der Käufer, wie vorliegt, seiner Voraussetzung nicht entsprochen, so ist nur ein precärer Besitz auf ihn übergangen, das Eigenthum dagegen bei dem Verkäufer geblieben, aus dessen Person die Curatoren die Rückgabe geltend zu machen befugt sind. Nur dann würde sich dieses anders verhalten, wenn angenommen werden könnte, daß der Inhalt des Kaufcontractes, insbesondere die Gegenleistung des Käufers, durch Einwilligung der Parteien eine Abänderung erlitten habe und an die Stelle der Acceptleistung ein reines Creditiren des Kaufpreises gesetzt sei. Daß aber eine derartige Novation in dem vorliegenden Fall nicht angenommen werden kann, wird unten N. 4 des Weiteren ausgeführt werden.

3) Allein selbst dann, wenn der Beklagte nur einen precären Besitz an der Waare erhalten hat, würde er nach den Grundsätzen des Hamburgischen Rechtes, welches von dem Erforderniß der Connexität bei der Einrede der Retention absieht und nur das Erforderniß eines klagbaren Substrats, welches justo titulo erlangt worden, voraussetzt,

Neue Falliten-Ordnung, Art. 34, N. 2. 3,
H. Müller c. Blumenthal, 30. Juni 1857,

in dem Besitz der Waare auf Grund seiner Conto-Courant-Forderung geschützt werden müssen, falls angenommen werden könnte, daß ein justus titulus ihm zur Seite stehe. Allein hieran fehlt es gänzlich. Der Titel, auf dessen Grund der Be-

klagte die Waare erhalten sollte, war allerdings der Kauf. Er sollte sie aber nur dann erhalten, wenn er die Wechsel acceptirt. Letzteres ist nicht geschehen, der Kauftitel folglich bei der Besitzergreifung hinweggefallen, diese letztere hat ohne allen Titel stattgefunden und in einem solchen Falle ist in Hamburg die Einrede der Retention gänzlich versagt.

H. Nebel c. Hertenfels, 19. Mai 1851.

4) Wenn der Beklagte nach der Ausführung unter No. 1 als fingirter Besitzer angesehen werden muß und außer Stande sein sollte, die ihm überlieferte Waare in specie zurückzugeben, so würde der Werth derselben, gegenwärtig nach rechtskräftiger Lage der Sache nicht der Facturenwerth, sondern der Betrag der geweigerten Accepte, an die Stelle der Waare zu treten haben, und es entsteht alsdann die Frage, ob nicht der Beklagte befugt sei, den Betrag seiner Contocourantforderung in Aufrechnung zu bringen. Allein die Zulässigkeit einer derartigen Compensation muß nach Inhalt der Schlußnote in Abrede gestellt werden. Wenn sich ein Kaufmann ausbedingt, daß ihm gegen Lieferung der Waare ein Dreimonatsaccept über den Facturapreis behändigt werde, so liegt darin, falls er mit demselben anderweit in Contocourant steht, die ausdrückliche Willenserklärung, er wolle das vorliegende Geschäft von den übrigen abgesondert behandelt wissen. Durch bedungene Baarzahlung würde diese Absicht vollkommen klar an den Tag gelegt sein, dasselbe muß jedoch auch bei der Zahlung mittelst Accepts angenommen werden, indem diese der Baarzahlung außerordentlich nahe kommt, da der Empfänger des Accepts durch sofortige Weiterbegebung sich in den Besitz der Geldsumme zu setzen vermag, und dem Acceptanten die Möglichkeit einer Compensation gegen den späteren Inhaber des Wechsels abgeschnitten ist.

Vgl. H. Müller Gebr. c. Weill Frères, Januar 1861.

Es mußte daher den Gründen zum ersten Urtheil darin vollkommen beigepflichtet werden, daß in einer Stipulation wie die vorliegende ein Ausschluß sonstiger Zahlungsweisen, insbesondere der Compensation, enthalten sei.

Alles kommt mithin darauf an, ob besondere Gründe vorliegen, welche den Beklagten berechtigen, statt der Acceptleistung zur Creditirung zu schreiten, und so zur Compensation zu gelangen. Das ist jedoch nicht der Fall. Zwar darf man, wie das Oberappellationsgericht wiederholt angenommen hat,

H. v. d. Steenhof Erben c. Wibel, Januar 1830.

H. Ferck cur. bon. c. Burmester, 29. Juni 1849 (Seuffert Archiv Bd. 6, No. 145).

den Inhalt der

l. ult. C. de novat.

nicht buchstäblich befolgen, und stillschweigende Novationen für gänzlich unzulässig erklären. Allein aus einem bloßen factischen Verhalten, ohne jeden Nachweis der Absicht zu noviren, eine Abänderung eines klaren Contractes anzunehmen, ist ebenso unzulässig. Daß nun von den Parteien der Contractsbedingung des Dreimonatsaccepts die Creditirung in laufender Rechnung substituirt sei, konnte aus ihren Handlungen weder vor noch nach der Erfüllung des Contracts abseiten des Verkäufers entnommen werden. Denn

a) in letzterer Beziehung war nicht anzunehmen, daß die Worte in dem Briefe vom 3. Novbr. „Ich sehe sehr wohl ein, daß ich, nachdem Du mir schon viel mehr als den Werth der gelieferten Waaren 2c. bezahlt hast, viel von Dir verlange, wenn ich Dich hiedurch nochmals dringend bitte, die beiden mir retour gesandten Wechsel dennoch zu acceptiren“ einen Verzicht auf die Acceptsforderung enthalten, und zwar deshalb nicht, weil es Niemanden zum Nachtheil gereichen darf, wenn er um Etwas bittet, was er rechtlich fordern darf. Ueberdies ist das Bitten nach damaliger Lage der Verhältnisse nur zu erklärlich, da Müller's Falliſſement lediglich von Dencker abhing. Wäre nämlich Müller wider Dencker auf Acceptleistung klagbar geworden oder hätte er seinen desfallsigen Anspruch an Saling cedirt, so würde Dencker zwar nicht befugt gewesen sein, gegen diesen Anspruch seine Contocourant-Forderung zur Compensation zu bringen; allein nichts hätte ihn gehindert, sofort seinerseits desfalls klagbar zu werden und Müller's Fall auf diese Weise herbeizuführen.

Nichts war also natürlicher, als daß Müller sich aufs Bitten legte, und diese Bitten können ebensowenig für sich allein als ein Verzicht aufgefaßt werden, wie in Verbindung mit der von Müller in seiner Insolvenzerklärung ausgesprochenen Hoffnung, er werde von Dencker auf neuen Credit Accepte erhalten.

b) Ebensowenig liegt aber auch aus der Zeit vor der Contractserfüllung irgend etwas vor, woraus sich eine Abänderung der in der Schlußnote stipulirten Contractsbedingungen ergäbe. Bereits das Obergericht hat darauf hingewiesen, daß die Auffassung des Beklagten irrig sei, wenn er die Behauptung aufstelle, Müller habe vorweg über sein Guthaben nach eigenen Bedürfnissen disponirt, indem es völlig unzulässig sei, alle Zahlungen und Accepte Dencker's als Anzahlungen auf zu liefernde Waaren aufzufassen. Ebensowenig liegt in der Factura vom 2. November 1860 verb.: „Sie kauften und empfingen" ohne Beifügung der Worte: „gegen Dreimonatsaccept", ein bündiges Aufgeben der Contractsbedingung. Abgesehen nämlich davon, daß die Kläger in der Appellations-Instanz hervorheben, Müller habe bereits am 24. October, als ein Theil der Waare eingetroffen sei, dem Beklagten eine Rechnung übersandt mit den Eingangsworten: „Sie kauften und empfingen gegen Dreimonatsaccept" eine Behauptung, deren Bewahrheitung jeden dem Vorkäufer nachtheiligen Schluß aus der Auslassung in der zweiten Factura beseitigen würde, so beweist ja gerade der Umstand, daß bei Uebermittelung der Factura vom 2. Novbr. die Acceptleistung der übersandten Wechsel gefordert worden ist, die Bedeutungslosigkeit jener Auslassung. — Schließlich ist von dem Beklagten die Behauptung aufgestellt, es habe nie eine Erledigung der Geschäfte Zug um Zug stattgefunden, sondern alles sei in laufender Rechnung regulirt worden. Läge hierin eine ausreichende Behauptung einer Modification der gegenwärtigen Schlußnote, so würde es sich von selbst verstehen, daß im Falle des Läugnens der Kläger von Seiten des Beklagten der Beweis geführt werden müßte. Es könnte daher nicht gebilligt werden, in dem Falle, wo die Kläger, wie von ihnen in voriger Instanz geschehen, das Gegentheil jener Behauptung des Beklagten durch Production eines auf die Schlußnoten und Waaren-Abrechnungen basirten Gutachtens des Fallitenbuchhalters, zu beweisen versucht haben, das etwaige Mißlingen eines derartigen Beweises als ein Moment geltend zu machen, um gegen die Kläger einen dem Beklagten obliegenden Beweis für geführt zu achten. Allein es bedurfte weder jener Beweisauflage, noch einer Beantwortung der Frage, ob nicht, zumal in Beihalt der in jetziger Instanz vorgebrachten ferneren Bemerkungen des Fallitenbuchhalters, der Gegenbeweis bereits vollständig geführt sei, noch endlich, wie der Beklagte versucht hat, eines Zurückgehens auf die Geschäftsverhältnisse der Parteien in früheren Jahren, da angenommen werden mußte, daß ein etwaiges factisches Verhalten in früheren Fällen nicht von Erheblichkeit sei, um den gegenwärtigen Contract zu modificiren, indem es an der zu dem Ende erforderlichen Absicht fehlt. Nur dann also, wenn behauptet wäre, die Parteien hätten von Anfang an unter den Worten „gegen Dreimonatsaccept" nur „eine Vergütung in laufender Rechnung" verstanden, würden die früheren Abmachungen als Interpretationsmittel dienen können. An einer derartigen mit den gebräuchlichen Worten in Widerspruch stehenden Behauptung fehlt es aber in den Acten.

Druckfehler.

In der vorigen Nummer ist auf Pag. 163 in der zweiten Spalte Zeile 20 von unten zu lesen „5 Millionen" anstatt „75 Millionen." — Auf Pag. 164 in der zweiten Spalte Zeile 10 von unten ist zu lesen: „nicht etwa nur auf Conventionalzinsen, sondern auch auf Verzugszinsen."

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Grefe & v. Döhren.

№ 23. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 7. Juni.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Sieveking c. Capitain Asplund. — Dr. Banks c. Möllenbeck. — Obergericht: Derenberg c. Arnthal & Co. — Schmilinsky & Co. c. Leupold Frères. — Niedergericht: Jahraus c. Zieturſch. — Dieselborff c. Waitz.

Handelsgericht.

No. 42.

Audienz vom 30. Mai. Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrien.

Dr. F. Sieveking m. n. W. Frédérick & Co. in Cette gegen Capt. Joh. Asplund vom schwedischen Schiffe Oscar, modo Drem. Schröder m. n. desselben.

Der Beklagte hat in einer mit Frédérick & Co. geschlossenen Chartepartie versprochen, sich bei seiner Ankunft hier an die Schiffsmakler Cellier & Parrau zu adressiren, und ist für den Fall des Zuwiderhandelns eine Conventionalstrafe von Crt.$ 300. stipulirt worden.

Der Kläger fordert nunmehr, da der Capitain sich trotzdem nicht an die benannten Schiffsmakler gewandt habe, die Zahlung der obigen Summe.

Der Beklagte entgegnet: Er gebe zu, das fragliche Versprechen gegeben und sich nicht an die Makler Cellier & Parrau gewandt zu haben. Was jedoch die aus diesem Grunde verlangte Conventionalstrafe anbelange, so könne diese nach französischem Rechte nur insoweit verlangt werden, als Frédérick & Co. ein wirkliches Interesse an der Erfüllung der Obligation hätten. Ein solches aber sei nicht vorhanden und demnach die Klage abzuweisen. Eventuell stehe dem Gegner die Einrede der verfrühten Klage entgegen, indem der Capitain Asplund mit seinen Befrachtern, den Klägern, aus der vorliegenden Chartepartie in noch unerledigtem Rechnungsverhältnisse stehe und wahrscheinlich einen größeren Anspruch an dieselben habe werde, als die geforderte Conventionalstrafe betrage. Die Chartepartie sei nämlich en rouche geschlossen unter der Verpflichtung des Capitains, den etwaigen Ueberschuß der Connossementsfracht über die Chartepartiefracht den Charterern auszukehren. Ein solcher Ueberschuß werde sich jedoch nicht ergeben. Dagegen werde er einen Anspruch auf Ueberliegegeld haben, indem seine Liegezeit am heutigen Tage beendet, das Schiff aber noch lange nicht entlöscht sei. Der Gegner könne demnach höchstens verlangen, daß er befugt werde, den Capitain bei der definitiven Abrechnung für die fraglichen Crt.$ 300. zu belasten, eventuell daß derselbe diesen Betrag deponire, und mit Geltendmachung seiner Gegenansprüche zur Widerklage verwiesen werde.

Der Kläger erwidert: Die Behauptung, daß nach französischem Rechte der Nachweis eines besonderen Interesses an der Erfüllung der von dem Ca-

pitain übernommenen Verpflichtung nothwendig sei, sei unrichtig. Der Zweck der Conventionalstrafe bestehe eben darin, den Gläubiger der oft schwierigen Liquidirung seines Interesses zu entheben. — Die Ueberliegeforderung des Beklagten sei unsubstantiirt, auch noch nicht fällig, und sogar ungewiß, ob sie überall entstehen werde. Ueberdies würde dieselbe nicht gegen den Kläger, sondern gegen den Connossementsinhaber geltend zu machen sein.

Erkannt:

Da der bezügliche Abschnitt des Code civil eine Vorschrift des Inhalts nicht enthält, daß eine Conventionalstrafe nur insofern als rechtsbeständig zu betrachten sei, als der Promissar an der Erfüllung der Verbindlichkeit, zu deren Sicherstellung dieselbe dienen soll, ein eigenes Interesse habe, diese Annahme auch nach Zachariä's Handbuch des französischen Civilrechts (5. Aufl. Bd. II. § 310) nicht für begründet gehalten werden kann, indem dieser Schriftsteller ausdrücklich darauf hinweist, daß das französische Recht mit der Vorschrift des römischen Rechts übereinstimme;

da aber auch selbst, wenn das französische Recht in dieser Beziehung von dem hierorts geltenden abweichen sollte, doch der Umstand, daß die Chartepartie, in welcher sich der Beklagte zu der Conventionalstrafe verpflichtete, in Cette abgeschlossen worden ist, nicht dahin führen könnte, daß diese Verpflichtung von den hiesigen Gerichten als ungültig betrachtet werden müßte, vielmehr die Ansicht richtiger erscheint, daß in Fällen dieser Art die Rechtsbeständigkeit einer übernommenen Verbindlichkeit nach dem am Ort der Klaganstellung geltenden Recht zu beurtheilen sei,

vgl. Savigny System Bd. 8 § 374 S. 275 ff.

da hiernach im vorliegenden Fall es keiner Untersuchung darüber bedarf, ob und welches Interesse die Kläger an der Erfüllung des Versprechens haben, für dessen Nichterfüllung sie sich die Conventionalstrafe ausbedangen, vielmehr der Umstand, daß Beklagter einräumt, diesem Versprechen nicht nachgekommen zu sein, es ohne Weiteres zur Folge haben muß, daß die Conventionalstrafe für verfallen erklärt werde;

da dann aber auch es hier nicht in Betracht kommen kann, daß Beklagter, wie er behauptet, demnächst in der Lage sein werde, seinerseits auf Grund der Chartepartie eine Gegenforderung gegen die Kläger geltend zu machen, indem doch diese z. Z. nicht fällige und ihrem Betrage nach unbestimmte Forderung weder compensando geltend gemacht, noch zur Reconvention verwiesen werden kann:

daß Beklagter schuldig sei, die eingeklagten Crt.ℳ 300. nebst den Zinsen vom Klagetage und den Proceßkosten dem m. n. Kläger innerhalb 8 Tage s. p. execut. zu bezahlen.

No. 43.

Zweite Kammer. Audienz vom 28. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Krönig und Siemssen.

Dr. Banks m. n. Ulrich Lehmann und Söhne in Langnau im Emmenthal gegen A. G. Möllenbeck als Associé der früheren Firma Möllenbeck, Uhlhorn & Co. in Melbourne (Dr. Engel).

Der Kläger verlangt Bezahlung von Bcoℳ 3302. laut Abrechnung (Anl. 1).

Der Beklagte wendet ein: Er sei, ausweise Bürgerbriefes Anl. A, erst seit dem 9. November 1860 hiesiger Bürger; zur Zeit der Entstehung der vorliegenden Forderung dagegen habe er, ausweise Naturalisations-Documents Anl. B, als englischer Unterthan in Melbourne sein Domicil gehabt und sich nur zeitweilig auf Grund einer Aufenthaltskarte hier aufgehalten. Im März 1860 sei dort über seine Firma Concurs eröffnet worden, und zwar ein General-Concurs, der alle und jede Vermögensverhältnisse der Cridare umfaßt habe. Aus der Anl. 1 selbst sei ersichtlich, daß die klägerischen Mandanten sich auf diesen Concurs eingelassen hätten und concursmäßig befriedigt worden seien; sie hätten daher, da hier lediglich nur das Melbourner Recht maßgebend sein könne, jedenfalls behaupten und nachweisen müssen, daß und welche Ansprüche ihnen nach diesem Rechte trotz des Concurses geblieben seien. Ausweise Certificats (Anl. C) hätten ferner sämmtliche Theilnehmer seiner früheren Firma

volle Absolvirung von allen dem Concurse unterworfen gewesenen Forderungen erlangt; und die Wirkung eines solchen Certificats sei nach englischem Rechte die, daß auf bloße Production desselben jede Klage ex ante concursum gesto abgewiesen werden müsse. (Abhandlung von Güterbock in Goldschmidt's Zeitschrift II. S. 309.) Er brauche sich endlich auf die erhobene Klage auch deßhalb nicht einzulassen, weil dieselbe unter allen Umständen bei dem Concursgericht in Melbourne hätte anhängig gemacht werden müssen.

Der Kläger entgegnet: Der Beklagte habe während der ganzen Dauer des Concursverfahrens hier in Hamburg gelebt; es sei kein Inventar über sein Vermögen aufgenommen, er habe keinen Manifestationseid geleistet: er könne daher jetzt nicht die Insolvenz der Firma benutzen wollen, um sich von allen Schulden zu befreien. Das Certificat (Anl. C) könne dem Beklagten nicht nützen, da dasselbe sich nur auf die Theilhaber der Firma beziehe, welche vor dem Fallitcommissär in Melbourne erschienen seien und sich an dem Falliſſement betheiligt hätten; der Beklagte habe aber Beides nicht gethan. Die angeführte Abhandlung passe gar nicht hierher; überdies führe dieselbe selbst aus, daß ein Unterschied zu machen sei zwischen dem Vermögen der Societät und demjenigen der einzelnen Gesellschafter.

Der Beklagte duplicirt: Wenn der Kläger meine, gegen das bei dem Concurse eingeschlagene Verfahren etwas geltend machen zu können, so müsse er das in Melbourne thun; hier könne nicht über die Rechtmäßigkeit des dort stattgehabten Verfahrens entschieden werden. Uebrigens gehe aus dem Certificat sowohl diese Rechtmäßigkeit, als seine Theilnahme an dem Fallissement hervor. Auch habe er, ausweise eines von ihm unterschriebenen Eidesformulares Anl. D, allerdings einen dem Melbourner Rechte entsprechenden Manifestationseid geleistet.

Der Kläger erwidert: Die Anlage D sei gar nicht legalisirt und schon deßhalb werthlos; auch sage sie gar nichts vom Privatvermögen des Beklagten.

Erkannt:

da der Beklagte nachgewiesen hat, daß er im Jahre 1854 in der Colonie Victoria naturalisirt worden, daß das Handlungshaus Möllenbeck Uhlhorn & Co. in Melbourne, dessen Theilhaber er gewesen, am 9. März 1860 daselbst förmlich Insolvenz declarirt hat, daß ferner die klägerischen Mandanten bei dem dort eröffneten Concurse vertreten waren und endlich, daß er erst, nachdem ausweise des vorgelegten Certificats am 23. Aug. 1860 vom Concursgerichte zu Melbourne ausgesprochen war, daß er und die übrigen Theilhaber der genannten Firma seien discharged from their debts according to Law, am 9. Novbr. im hiesigen Nexu eintrat;

da somit Kläger nach den in Sachen Dase c. Münch (1 K. d. H. G. vom 11. April 1861 und O. G. d. 6. Juni 1861) und in Sachen Hell Noack & Co. c. Panum (1 K. d. 12. Dec. 1861, O. G. d. 10. Febr. 1862) ausgesprochenen Grundsätzen, wie sie den auswärtigen Concurs des Beklagten anzuerkennen hatten und auch anerkannt haben, auch hinsichtlich der Folgen dieses Concurses für ihre Forderungen dem in Melbourne geltenden Rechte unterworfen und also nicht berechtigt sind, wie sie gethan, unter vollständiger Nichtbeachtung jenes Concursverfahrens ihre ursprüngliche Forderung, abzüglich der erhaltenen Dividende, gegen den jetzt hiesigem Nexu angehörigen Beklagten klagend geltend zu machen;

da auch die klägerischen Monituren gegen das Verfahren des Concursgerichtes zu Melbourne um so mehr hier am unrechten Ort angebracht sind, als die Kläger ausweise ihrer Rechnung und der damit übereinstimmenden, vom Beklagten beigebrachten Copie der gerichtsseitig aufgemachten Designation durch Häge & Prell gehörig vertreten waren und das Certificat erklärt, daß die Discharge des Beklagten erst nach der gesetzlich vorgeschriebenen öffentlichen Ladung aller Gläubiger zu solchem Behufe ertheilt worden sei;

da nun dieses Certificat eine Entbindung des Beklagten von seinen Schulden enthält und es also Sache der Kläger sein würde, falls sie behaupten wollten, daß das Gesetz, auf welches das Certificat Bezug nimmt, ihnen annoch Rechte gegen die einzelnen Theilhaber der früheren Firma Möllenbeck, Uhlhorn & Co. übrig lasse, solche Rechte gehörig zu behaupten und nachzuweisen:

daß m. n. Kläger unter Verurtheilung in die Kosten mit seiner Klage angebrachtermaßen abzuweisen.

Obergericht.

No. 23.

In Sachen J. Derenberg gegen Jacob Arnthal & Co. (cf. No. 9 der „Gerichtszeitung," Handelsgericht No. 16) hat der Kläger gegen das Erkenntniß vom 26. Februar an das Obergericht appellirt, indem er die folgenden Beschwerden aufstellte:

1) daß dem Kläger überall noch ein Beweis auferlegt worden,
2) daß selbst für den Fall des erbrachten Beweises die Beklagten nur zur Bezahlung der Differenz zwischen dem Kaufpreise der fraglichen Actien und dem Börsenpreise derselben am 31. Jan. verpflichtet erklärt worden, dem Kläger dagegen das Recht abgesprochen sei, die wirkliche Lieferung der Actien und den Ersatz des aus der verspäteten Lieferung erwachsenden Schadens zu verlangen.

Das Obergericht erkannte am 30. Mai:

da

zur ersten Beschwerde

der Kläger behauptet, daß die Lieferung der fr. 5000 Thaler Actien auf ultimo Januar d. J. verabredet sei, wogegen die Beklagten dies bestreiten und eventuell bemerken, das Quantum sei per Ende December v. J. verkauft;

da bei dieser Sachlage der Ansicht des Klägers, daß die Beklagten den Verkauf zugestanden hätten und deshalb jedenfalls zur Lieferung verpflichtet erscheinen, nur dann beigetreten werden könnte, wenn sich die Zeit der Erfüllung lediglich als eine Nebenbestimmung des Vertrages darstellte;

da dies jedoch im vorliegenden Falle keineswegs zutrifft, indem bei Geschäften der fraglichen Art die Lieferungszeit nach der Intention der Contrahenten einen wesentlichen Bestandtheil der Uebereinkunft bildet, so daß bei etwaigem Mangel des Consenses über diesen Punkt ein gültiger Vertrag überall nicht zu Stande gekommen sein würde;

da es hiernach schon formell unzulässig ist, den Klagantrag, statt auf den vom Kläger behaupteten Verkauf, auf ein seinem wesentlichen Inhalte nach verschiedenes, vom Kläger selbst bestrittenes Geschäft zu stützen;

da, abgesehen hiervon, dem Handelsgerichte auch darin vollkommen beizustimmen ist, daß der Kläger aus einem per ultimo December abgeschlossenen Geschäfte jetzt keine Ansprüche mehr geltend machen könnte;

in Erwägung, daß der Verkäufer nur dann wegen Nichterfüllung verantwortlich ist, wenn es lediglich an ihm lag, daß der Contract nicht zur Ausführung gelangte;

in fernerer Erwägung, daß der Käufer, um am Lieferungstage das Kaufobject wirksam fordern zu können, sich auch seinerseits zur Bezahlung des Kaufpreises bereit erklären muß, indem sonst seinem Anspruche die exc. non impleti contractus mit Recht vom Verkäufer opponirt werden dürfte;

in endlicher Erwägung, daß, wenn dies am Lieferungstage nicht geschehen ist, auch der Verkäufer bei derartigen auf pünktliche Vollziehung berechneten Geschäften befugt erscheint, eine nachträgliche Offerte des Käufers als verspätet zurückzuweisen und die Lieferung des Kaufobjectes zu verweigern;

da demgemäß mit Recht dem Kläger der erforderliche Beweis auferlegt ist;

da hingegen

zur zweiten, eventuellen Beschwerde

der Kläger, welcher unbestritten am 31. Januar d. J. die Actien gefordert und die Beklagten wegen aller Nachtheile aus der unterlassenen oder verspäteten Lieferung verantwortlich gemacht hat, gemeinrechtlich für befugt zu erachten ist, nach seiner Wahl die Naturalleistung und Ersatz wegen verspäteter Lieferung oder statt dessen Zahlung der Preisdifferenz zu fordern;

da, wenn schon im Geschäftsleben regelmäßig der letzteren Alternative der Vorzug gegeben werden mag, es dennoch der Annahme, daß der Käufer auch ohne besondere Uebereinkunft verpflichtet sei, sich auf Forderung der Preisdifferenz zu beschränken, an genügendem Grunde fehlt,

cf. Goldschmidt Zeitschrift Bd. 5, p. 290;

da hiernach der Kläger dadurch, daß seiner auf Contractserfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung gerichteten Klagbitte nicht Statt gegeben ist, allerdings verletzt erscheint;

daß zwar die erste klägerische Beschwerde verworfen werde, jedoch auf den Grund der zweiten, eventuellen klägerischen Beschwerde die Beklagten, falls der Kläger den ihm im handelsgerichtlichen Erkenntnisse auferlegten Beweis erbringt, für schuldig zu erkennen seien, den fraglichen Vertrag zu erfüllen und dem Kläger den durch die seit dem 31. Januar d. J. vorhandene Säumniß erwachsenden Schaden nach vorgängiger Liquidation zu ersetzen,

daß das angefochtene Erkenntniß der zweiten Kammer des Handelsgerichts vom 26. Februar d. J. in dieser Weise abgeändert, im Uebrigen aber unter Compensation der Kosten dieser Instanz bestätigt werde.

Die Sache wird mit den wieder zu versiegelnden Acten zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

No. 24.

In Sachen Schmilinsky & Co. gegen Leupold frères (cfr. No. 13 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 25) hat in Folge klägerischer Appellation das Obergericht am 30. Mai erkannt:

da es sich für jetzt nur darum handelt, ob die Kläger überhaupt befugt seien, im eigenen Namen Klage zu erheben;

da nach dem Inhalte der beigebrachten Urkunden vom 24. November, 29. November und 2. December v. J. die hier in Betracht kommende Absicht der Kläger und der genannten Breslauer Gesellschaft unverkennbar darauf gerichtet war:

1) die Kläger wegen ihres Guthabens zu decken,
2) die cedirte Deckung zu garantiren,
3) der Gesellschaft einen Anspruch auf den etwaigen Mehrerlös vorzubehalten;

da es nun allerdings richtig ist, daß es bei der Beurtheilung der juristischen Natur eines Geschäftes nicht auf den gebrauchten Namen, sondern auf den wesentlichen Inhalt ankommt und die Bezeichnung, wenn sie, mit diesem Inhalt verglichen, unrichtig erscheint, für bedeutungslos zu erachten ist;

da jedoch nicht mit dem Handelsgerichte angenommen werden kann, daß wegen der Nebenberedungen sub 2 und 3 das ganze Geschäft sich nach der Absicht der Contrahenten lediglich als ein Mandat darstelle, indem dieser Ansicht der durchgreifende Grund entgegensteht, daß darnach die Kläger immer nur befugt sein würden, die fraglichen Forderungen im Namen der Breslauer Gesellschaft geltend zu machen und auch dies nur so lange, bis etwa das Mandat widerrufen oder durch Todesfälle u. dergl. aufgehoben würde, daß mithin die Kläger über das ihnen gegen die Gesellschaft zustehende Guthaben quittirt hätten, ohne dafür als Gegenleistung irgend ein selbstständiges Recht an den übertragenen Forderungen erwerben zu wollen, eine Annahme, die mit den Willenserklärungen der Contrahenten in entschiedenem Widerspruche stand;

da vielmehr die Sache so lag, daß die Betheiligten, um ihre Absicht zu realisiren, entweder eine Verpfändung der fraglichen Forderungen vornehmen und die Quittirung des klägerischen Guthabens aussetzen oder unter Beifügung der geeigneten Nebenberedungen sich zu einer wirklichen Uebertragung entschließen konnten (fiducia),

Seuffert Archiv, Bd. 7, Pag. 327, (No. 282),

unter welchen beiden Alternativen offenbar die letztere gewählt ist,

da nun die Kläger auch dann, wenn sie nur ein Pfandrecht erhalten hätten, im eigenen Namen klagen dürften, wiewohl sie unter dieser Voraussetzung schon kraft gesetzlicher Bestimmung die Klage auf Gefahr des Verpfänders führen würden und den etwaigen Mehrerlös gleichfalls ausliefern müßten;

da es mithin umsoweniger bezweifelt werden kann, daß die Kläger im vorliegenden Falle, wo ihnen weitergehende Rechte eingeräumt wurden, zur Klage im eigenen Namen befugt erscheinen, es sei denn, daß wegen der gedachten Nebenberedungen die Uebertragung selbst für wirkungslos, folglich das ganze Geschäft für ungültig zu halten wäre;

da diese letzte Frage zu verneinen ist, in Erwägung:

daß, wenn der Cedent für die Güte der cedirten Forderungen eine besondere Garantie leistet, hieraus kein Grund gegen die Annahme einer wirklichen Cession entnommen werden kann, vielmehr auch in solchem Falle der Cessionar das in sein Vermögen übergehende Klagrecht zwar auf Gefahr des Cedenten, jedoch in eigenem Namen geltend zu machen befugt ist,

und in fernerer Erwägung:

daß aus der Verpflichtung der Kläger, den Mehrerlös an die Breslauer Gesellschaft herauszugeben, nur folgt, daß die Cedentin, der Cession ungeachtet, noch ein event. Interesse an den fraglichen Forderungen hat, während die Cessionare immer als diejenigen erscheinen, welche dem Schuldner gegenüber zunächst und unmittelbar und — wenigstens bis zu ihrer völligen Befriedigung — ausschließlich für eigene Rechnung die cedirte Schuld erheben;

da hiernach die Einrede der Simulation unbegründet ist;

da auch die Kläger durch die beigebrachten Documente sich genügend als Cessionare legitimirt haben;

da mithin nunmehr in Frage kommt, ob die von den Beklagten gegen die Cession ferner vorgeschützten Einreden begründet sind, die Entscheidung hierüber jedoch, dem Antrage beider Parteien gemäß, zunächst dem Handelsgerichte zu überlassen ist:

daß die klägerische Beschwerde für begründet zu erachten, daß demgemäß unter Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses der zweiten Kammer des Handelsgerichts vom 19. Febr. d. J. die Einrede der Simulation zu verwerfen sei,

daß die Kosten dieser Instanz compensirt, dagegen die seither in erster Instanz erwachsenen Kosten zur endlichen Entscheidung der Sache verstellt werden.

Niedergericht.

No. 18.

F. Jahraus (Dr. Malm) gegen K. A. Ziekursch (Dr. May).

Der Kläger hat im Juli v. J. dem Beklagten ein Haus verkauft, welches für Crt.✗ 2200. und Crt.✗ 50. Wassergeld an C. A. von Leesen vermiethet war. Am 1. November forderte sowohl der Kläger als der Beklagte auf gerichtlichem Wege von dem Miether die fällige halbjährliche Miethe, deren Betrag dann in Folge eines bei der Prätur geschlossenen Vergleichs vom 19. Novbr. v. J. vorläufig im Deposito des Miethers verblieb.

Der Kläger hat nun den Beklagten vor die Prätur citiren lassen zur Consentirung in die Erhebung des deponirten Miethebetrages, indem er behauptet, daß dieser Betrag am 1. November v. J. zuletzt an ihn hätte entrichtet werden müssen.

Der Beklagte entgegnet: Ausweise des Kaufcontracts (Anl. A) habe das gekaufte Haus ihm Michaelis v. J. zugeschrieben werden sollen. Die Zuschreibung sei am 13. Octbr. erfolgt und damit sowohl das Eigenthum an dem Hause, als auch jedes Recht aus allen zum Hause gehörigen Contracten auf ihn übergegangen. Er sei also am 1. November berechtigt gewesen, als Eigenthümer des Hauses die fällige Miethe zu erheben, zumal da der Kaufcontract keine entgegenstehende Bestimmung enthalte. Er bitte deshalb, ihn zur Erhebung des deponirten Betrages befugen, den Kläger aber abweisen zu wollen.

Der Kläger erwidert: Er habe das Haus nicht direct an den Beklagten, sondern an J. H. Abel verkauft, der dasselbe dann erst an den Beklagten cedirt habe; Letzterer könne daher nicht mehr Rechte haben, als sein Cedent. Dieser habe aber am 17. October eine das Grundstück betreffende Abrechnung (Anl. 2), in der das Recht des Klägers auf Erhebung der am 1. November fälligen Miethe ausdrücklich ausgesprochen war, angenommen und über diese Abrechnung auch ohne Vorbehalt Quittung (Anl. 3) ertheilt. Dem Beklagten stehe somit zunächst die Replik der Anerkennung des klägerischen Anspruches durch seinen Cedenten entgegen. — Der Contract selbst enthalte allerdings nur die Bestimmung, „daß der Verkäufer sämmtliche Ab-

gaben u. s. w. bis Michaelis 1861 bezahlen solle", und der das gewöhnliche Aequivalent für diese Bestimmung bildende Satz, „daß der Verkäufer dagegen die am 1. November fällig werdende Miethe erhalte", sei aus Versehen ausgelassen worden. Diese Auslassung sei aber nicht von Bedeutung, da es eine feststehende Usance sei, daß der Verkäufer, der die Lasten des Grundstückes bis Michaelis trägt, dagegen die am 1. November fällige Miethe erhält, wie das durch ein von 57 beeidigten Hausmaklern unterzeichnetes Attest (Anl. 4) bezeugt werde. — Jedenfalls könne der Beklagte aber nicht die ganze Miethe für die Zeit vom 1. Mai bis zum 1. November beanspruchen; wenn derselbe kraft seines Eigenthums ein Recht auf die Revenüen des Grundstücks haben sollte, so würde er dasselbe doch immer nur von der Zeit an geltend machen können, wo er wirklich Eigenthümer geworden: er würde also schlimmstenfalls immer nur die Miethe für die Zeit vom 13. October bis zum 1. November mit Crt.ℳ 107. 9 ß beanspruchen können.

Der Beklagte duplicirt: Er sei allerdings als directer Käufer anzusehen; denn Abel habe als Hausmakler in seinem Auftrage das Haus gekauft, und Kläger habe ihn (Beklagten) selbst durch Annahme des Kaufschillings und durch die directe Umschreibung auf seinen Namen als Käufer anerkannt. Die Abrechnung (Anl. 2) würde ihm also nur präjudiciren, wenn er nicht dagegen monirt hätte; er habe dieselbe aber erst Ende November, als dieser Proceß schon im Gange war, zu Gesichte bekommen. — Die jenseits behauptete Usance sei zunächst ohne Bedeutung, da allein der Contract für die hier vorliegende Frage in Betracht komme; überdies werde eine solche Usance durch das Attest (Anl. 4) nicht erwiesen und bestehe auch überhaupt nicht. Im Contracte heiße es, daß der Käufer jeden vom Verkaufstage an treffenden Schaden und Risico zu tragen habe, womit also ausgesprochen sei, daß er schon vom Verkaufstage an als Eigenthümer zu betrachten sein solle. Sollte er also nicht die ganze Miethe beanspruchen können, so seien ihm doch wenigstens für die Zeit vom 8. Juli an Crt.ℳ 687. 8 ß zuzusprechen.

Die erste Prätur erkannte am 25. März:

Da es sich in dem vorliegenden Processe nicht sowohl um die Klage eines Vermiethers gegen seinen Miethsmann und die Forderung der Miethe von diesem letzteren, als vielmehr um die Auslegung von Kaufbedingungen und die Frage handelt, ob der Verkäufer des Erbes oder dessen Käufer das Recht auf den Genuß der von dem Miether des Erbes am 1. November 1861 zu berichtigenden und nach Vereinbarung der Parteien bei diesem im Deposito verbliebenen Miethe zusteht;

da das Object dieses, dem generellen Präturforum nicht unterzüglichen Rechtsstreites die Präturcompetenz überschreitet, dieselbe auch nicht etwa durch den in Sachen des Klägers c. C. A. von Leesen zwischen diesen Personen und dem Beklagten am 19. Novbr. v. J. coram hoc protocollo geschlossenen Vergleich begründet wird, indem die jetzigen Parteien für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites hierbei nicht etwa auf die Präturcompetenz ausdrücklich compromittirt haben, demnach aber nach dem Art. 27 § 1 der Justizorganisation von 1815 die Präturcompetenz ausgeschlossen ist;

da auch die letztere, als durch stillschweigende Prorogation begründet, nicht erachtet werden kann, indem der hierzu nothwendige richterliche Consens nicht vorhanden und um so weniger erfindlich ist, als mit der ersten Citation der obgedachte Vergleich nicht einmal producirt und erst jetzt dem Richter Gelegenheit gegeben ist, seine Competenz prüfen zu können:

> daß die Klage von hier ab- und an das competente Forum zu verweisen, dem Kläger jedoch unbenommen sei, bei Introduction seines Antrages daselbst die Requisition der hier völlig instruirten Acten zu beantragen, und soll alsdann das requirirende Gericht, wie hiermit geschiehet, ersucht werden, auch über die im hiesigen foro entstandenen Kosten zu entscheiden.

Das Niedergericht erkannte darauf am 12. Mai:

da im Allgemeinen der Käufer eines Grundstückes, wenn nichts Anderes stipulirt worden, die Revenüen von dem Zeitpunkte an zu genießen hat, von welchem an er die Zinsen und Abgaben tragen soll,

da aber nach einer festen hiesigen Usanz der

1. Mai resp. der 1. Novbr. als der Termin gilt, welcher in Betreff der Revenuen dem Oster- resp. Michaelis-Termin hinsichtlich der Zinsen und Lasten entspricht,

daß der Kläger zu befugen, die laut Vergleiches vor dem Protokoll der ersten Prätur vom 19. Novbr. 1861 von C. A. von Leesen als depositum einbehaltene Miethe im Betrage von Ct℔. 1125 ex deposito zu erheben, und Beklagter in die Kosten sowohl des gegenwärtigen Processes, wie auch in diejenigen der beiderseitigen Präturverfahren gegen von Leesen zu verurtheilen sei.

No. 19.

In Sachen J. P. D. Dieseldorff gegen J. F. R. Waitz (cf. No. 16 der „Gerichtszeitung“, Präturen No. 8) hat in Folge klägerischer Supplication das Niedergericht am 23. Mai erkannt:

da dem Erkenntniß a quo darin beizupflichten ist, daß die Wirksamkeit des dem Vermiether zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes keineswegs von der Impetrirung eines Hauerbefehls abhängig sei, vielmehr die durch den Hauerbefehl bezweckte förmliche Anzeige, daß der Vermiether zur Sicherung seiner Mietheforderung von seinem Pfandrechte wirklich Gebrauch zu machen beabsichtige, auch durch eine anderweitige Willenserklärung des Vermiethers bewerkstelligt werden könne,

da man aber hiebei nicht stehen bleiben darf, wie solches in dem Erkenntniß a quo geschieht, vielmehr weitergehend angenommen werden muß, daß es einer solchen ausdrücklichen Willenserklärung des Vermiethers dann überall nicht bedürfe, wenn die Exferirung der Illaten mit dem Bewußtsein geschah, daß dadurch die Mietheforderung des Vermiethers gefährdet und das demselben zustehende Pfandrecht beeinträchtigt werde, weil es in solchem Falle dem Exferenten auch ohne die vorgedachte ausdrückliche Erklärung des Vermiethers an dem guten Glauben gebrechen würde, welcher nach Art. 2, St. II., 4 erforderlich ist, um die Ansprüche des Pfandgläubigers dem dritten Besitzer gegenüber auszuschließen;

da nun zwar der Beklagte eingeräumt hat, daß ihm die schlechten Vermögensverhältnisse des klägerischen Miethers C. H. Waitz bekannt gewesen seien und daß er gerade dadurch veranlaßt worden sei, die fraglichen, angeblich der Mad. Fanny Waitz in Göttingen gehörigen Mobilien zu sich zu nehmen, hieraus allein jedoch noch keineswegs mit Nothwendigkeit folgt, daß der Beklagte sich bei der Fortschaffung der fraglichen Mobilien dem Kläger gegenüber in mala fide befunden habe, indem es auch sehr wohl möglich ist, daß der Beklagte — ohne an die Mietheforderung und das Pfandrecht des Klägers zu denken — die gedachten Sachen nur deshalb zu sich genommen habe, um dieselben gegen etwaige Veräußerungen oder sonstige Dispositionen des C. H. Waitz sicher zu stellen,

da mithin der Kläger die behauptete mala fides des Beklagten annoch zu beweisen hat, solcher Beweis demselben aber auch nicht abgeschnitten werden darf;

da endlich die event. Beschwerde anlangend, dem Versperrungsrechte des Vermiethers nur so lange eine Wirksamkeit beizumessen ist, als die Illaten sich wirklich noch in dem vermietheten Hause befinden, ein etwaiger späterer Protest daher mit Recht von dem Erkenntniß a quo als wirkungslos behandelt und unberücksichtigt gelassen ist,

daß unter Verwerfung der event. Beschwerde das Erkenntniß der zweiten Prätur vom 24. März d. J. auf Grund der prinzipalen Beschwerde dahin abzuändern sei, daß dem Kläger neben dem ihm bereits nachgelassenen Beweise und zwar alt. mit demselben auch der in eod. t. s. p. des. et cont. et repr. s. anzutretende Beweis nachzulassen sei:

daß der Beklagte die fraglichen Sachen mit dem Bewußtsein aus dem von dem Kläger an C. H. Waitz vermietheten Hause fortgeschafft habe, daß durch solche Fortschaffung die klägerische Mietheforderung gefährdet und dem Kläger ein für seine Mietheforderung verhaftetes Pfandobject entzogen werde.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 24. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 14. Juni. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Röver c. Behn. — Dr. Jacobson c. Polack. — Oberappellationsgericht: Slomann jr. c. Pick & Co. — Prätturen: Koppel & Co. c. Samson & Beer.

Handelsgericht.

No. 44.

Zweite Kammer. Audienz vom 5. Juni 1862.
Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Rutzenbecher.

H. C. Röver (Dr. Brandis) gegen G. H. Behn (Dr. G. Hertz).

Der Kläger verlangt die Verurtheilung des Beklagten in die Bezahlung von £ 120 Wechselschuld, da ein von demselben trassirter Wechsel Mangels Zahlung protestirt worden.

Der Beklagte entgegnet: Die gegen ihn anzustellende Regreßklage sei präjudicirt, da der Wechsel zu spät protestirt worden. Derselbe sei ausgestellt am 14. Februar „seven days after date", sei sonach am 21. Februar fällig gewesen und hätte bei nicht erfolgender Zahlung innerhalb der in England üblichen drei Respittage, also spätestens am 24. Februar, protestirt werden müssen. Es sei aber erst am 25. Februar Mangels-Zahlung protestirt worden und somit der Regreß gegen den Aussteller verloren.

Der Kläger replicirt: Es sei nach dem maßgebenden englischen Rechte nicht zu spät protestirt worden. Nach demselben brauche erst nach Ablauf der sogenannten drei Respittage protestirt zu werden und sei es in London üblich, daß der Wechsel am Verfalltage (welcher usancemäßig dort stets der letzte der Respittage sei) zur Zahlung vorgezeigt werde, und wenn dann die Zahlung nicht erfolge, so werde der Wechsel einem Notar übergeben, der ihn am folgenden Tage wieder präsentire und, wenn er sodann nicht bezahlt werde, Protest erhebe. So sei auch hier verfahren; am 24. Februar sei der Wechsel durch einen Londoner Banquier präsentirt und als die Zahlung nicht erfolgt, den 25. Februar Protest erhoben worden. Eventuell würde nach englischem Rechte (cfr. Pöhls Wechselrecht, Pag. 428—430), auch wenn der Wechsel nicht rechtzeitig protestirt worden, doch der Regreß gegen den Trassanten noch zulässig und der Beklagte, da er nicht behaupte, Deckung für den Wechsel gegeben zu haben, zur Einlösung desselben verpflichtet sein.

Erkannt:

da die Vorschriften, welche die von dem Kläger in Bezug genommenen Parlaments-Acten enthalten, sich ausschließlich auf Inland Bills beziehen,

vgl. Chitty on bills of exchange, 10. Auflage, Seite 317 u. ffg.; sowie den Abdruck der Parlamentsacten Seite 532 u. ffg.

hinsichtlich der Foreign Bills aber, also hinsichtlich solcher Wechsel, welche in einem Orte außer-

halb England ausgestellt in England zahlbar sind, nach der Darstellung des genannten englischen Schriftstellers, Seite 323 des erwähnten Werks, es ausgemachten Rechtens in England ist, daß der Protest, wenn derselbe auch nicht sofort ausgefertigt zu werden braucht, doch am letzten der drei Respittage erhoben werden müsse;

vgl. auch Jacobsen Umriß des englischen Wechselrechts, S. 257 u. ffg.;

da hiernach der eingeklagte Wechsel, dessen Respittage am 24. Februar abliefen, an diesem Tage zu protestiren war und der am 25. Februar erhobene Protest als verspätet zu erachten ist;

da ferner nach § 86 der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung zwar die Frage, ob der Protest rechtzeitig erhoben ist, nach dem in London geltenden Rechte zu entscheiden ist, die Folgen der nicht rechtzeitigen Protesterhebung aber nach dem hierorts geltenden Rechte zu beurtheilen sind und es hier somit gar nicht darauf ankommt, welche Folgen die verspätete Protesterhebung nach englischem Rechte haben würde;

vgl. Liebe's Commentar, S. 227 unter 3;

da demnach der Wechsel hierorts als präjudicirt zu betrachten ist, so daß die wechselmäßige Verbindlichkeit des Beklagten erloschen ist und gegen denselben nur noch auf Grund des § 83 der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung ein zur Zeit nicht geltend gemachter Anspruch auf eine etwaige Bereicherung erhoben werden könnte:

daß Kläger mit der erhobenen Wechselklage unter Verurtheilung in die Proceßkosten abzuweisen.

No. 45.

Erste Kammer. Audienz vom 22. Mai 1862.
Präses: Herr Dr. Albrecht. Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

Dr. R. Jacobson gegen Samuel Polack (Dr. Nathan).

Kläger verlangt die Bezahlung eines vom Beklagten an die Ordre von Js. J. Alexander ausgestellten und von diesem in blanco indossirten Sola-Wechsels, groß Bco℔ 1000. (Anl. 1.)

Beklagter wendet ein: Er habe dem Alexander als Sicherheit für den libellirten Wechsel einen Hausposten von Spec℔ 1000. zugeschrieben, und habe sich Alexander in einem Verpflichtungs-Scheine (Anl. A) verbindlich gemacht, „sofort bei Bezahlung des Wechsels“ ihm den Posten zurückzuschreiben. Die Identität des eingeklagten Wechsels mit dem in der Anl. A erwähnten ergebe sich aus Uebereinstimmung der Namen des Trassanten und des Remittenten, sowie der Summe und der Verfallzeit. Obwohl er nun den Alexander wiederholt aufgefordert habe, auf der Schreiberei gegen Rückschreibung des Postens das Geld in Empfang zu nehmen, habe Jener den Wechsel durch seinen Advocaten Dr. Jacobson jetzt einklagen lassen, ohne die Zug um Zug schuldige Gegenleistung, die Rückschreibung des Postens, zu offeriren. Indessen sei dieses Verfahren unzulässig und er nur gegen Zuschreibung des Postens zahlungspflichtig. Die erwähnte Verpflichtung des Alexander sei durch dessen eigene Handschrift in Anl. A liquide, und wenn nun auch Dr. Jacobson in eigenem Namen klage, so werde derselbe doch nicht leugnen können, lediglich als Advocat und im Auftrage des Alexander den Wechsel geltend zu machen; unter diesen Umständen aber sei das seiner Form nach eigentliche Giro des Alexander auf dem Wechsel seinem Wesen nach ein bloßes Procura-Indossament, daher Kläger sich die seinem Indossanten zu opponirenden Einwendungen gefallen lassen müßte (cf. Kletke, Präjudicien in Wechselsachen 1857—59 No. 121, 122 und 123). Falls wider Erwarten Kläger in Abrede stellen sollte, lediglich der Mandatar des Alexander zu sein, so werde dem persönlich gegenwärtigen Kläger in continenti ein Eid über diese beklagtische Behauptung zugeschoben.

Kläger entgegnet: Die beklagtischen Einreden seien illiquide und lasse er sich weder auf dieselben ein, noch wolle er sich über die Handschrift des Alexander auf der Anl. A erklären. — Er leugne, den Wechsel als Mandatar des Alexander geltend zu machen, das ihn legitimirende Indossament sei kein Procura- sondern ein Blanco-Indossament und ermächtige ihn, aus eigenem Rechte zu klagen. — Die Eidesdelation aber sei ein im Wechselprocesse unzulässiges Beweismittel, und wolle er sich auf dieselbe nicht einlassen.

Beklagter: Da Kläger leugne, Mandatar des Alexander zu sein, müsse allerdings auf sofortige Eideszuschiebung über diese Thatsache bestanden werden; jenes

Beweismittel sei auch im Wechselprocesse vollkommen zulässig, um so mehr in einem Falle, in welchem der Delat persönlich zugegen sei, es also in seiner Macht habe, jeder möglichen Verzögeruug des Processes dadurch vorzubeugen, daß er sofort den Eid leiste.

Erkannt:

da Kläger durch das auf dem Wechsel, Anl. 1, befindliche Blanco-Indossament legitimirt wird, den Wechsel aus eignem Recht geltend zu machen, derselbe demnach sich weder auf die vom Beklagten opponirte Einrede einzulassen braucht, noch auf die nach hiesiger Praxis, wie nach gemeinrechtlicher Ansicht

(vgl. Neues Archiv für Handelsrecht, Bd. 2, S. 162)

im Wechselprocesse unzulässige Eideszuschiebung:

daß Beklagter schuldig sei, die eingeklagten Bco℔ 1000. nebst den Zinsen vom Klagetage und den Proceßkosten dem Kläger sofort zu bezahlen,

auch die Sache zur Execution zu verweisen, übrigens aber dem Beklagten wegen seines exceptivischen Vorbringens alle Gerechtsame in separato gegen Jeden, den es angeht, vorzubehalten.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte Beklagter an das Obergericht, indem er namentlich ausführte, daß die Eidesdelation sowohl ein im gemeinen Rechte im Executivprocesse zulässiges Beweismittel sei, (Briegleb. Summar. Proc.) als auch in den meisten deutschen Staaten im Wechselprocesse statthaft, um so mehr müßte die Zulässigkeit dieses Beweismittels im mündlichen Verfahren des Hamburgischen Handelsgerichts gegenüber dem persönlich gegenwärtigen Delaten gelten, da die einzig mögliche Verzögerung des Processes für den Fall der Gewissensvertretung oder der Relation des Eides ihren Grund ausschließlich in dem Willen des Klägers haben würde.

Das Obergericht erkannte am 6. Juni:

da, wenn auch die Eideszuschiebung unter Umständen ein im Executivprocesse zulässiges Beweismittel sein mag, doch im vorliegenden Falle die Einrede, zu deren Nachweis sich der Beklagte der Eidesdelation bedienen will, an sich unbegründet erscheint, indem der durch das Blanco-Indossament legitimirte Kläger in eigenem Namen klagt, mithin die persönlichen Beziehungen, welche zwischen dem Beklagten und Js. J. Alexander einerseits, sowie zwischen dem Letzteren und dem Kläger andererseits Statt finden, für das Rechtsverhältniß der jetzigen Parteien, nach §. 82 der Wechsel-Ordnung, ohne rechtliche Bedeutung sind,

daß unter Verwerfung der unbegründeten Appellation und unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz das angefochtene Erkenntniß der ersten Kammer des Handelsgerichts vom 22. Mai d. J. hiermit zu bestätigen.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 16.

In Sachen Rob. M. Sloman jr. Namens Capitain de Mier gegen Pick & Co. (cfr. No. 25 und No. 31 der „Gerichts-Zeitung" von 1861) hat in Folge beiderseitiger Appellation das Ober-Appellationsgericht zu Lübeck am 19. Mai erkannt:

daß das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern sei, daß die Beklagten und Widerkläger in einem anzuberaumenden Termine, bei Strafe der Desertion, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, darzuthun haben:

daß und welchergestalt die an dem den Beklagten und Widerklägern aus dem Schiffe „Montañesa" gelieferten Taback vorgefundene Beschädigung durch die Schuld des Capitains entstanden sei.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz sind zur Hälfte zu vergleichen, in die andere Hälfte werden die Beklagten und Widerkläger verurtheilt.

Entscheidungsgründe.

1. Anlangend zunächst die Förmlichkeit des Rechtsmittels, so bedarf die Frage, ob die Appellations-

summe als vorhanden anzusehen sei, einer näheren Erörterung. Das Handelsgericht hat in seinem Erkenntnisse vom 21. September v. J. den Betrag der Frachtkürzung abseiten der Beklagten und Widerkläger von deren weiteren Liquidation abhängig gemacht, indem es davon ausgeht, daß bei Berechnung des Schadens zum Betrage von Bco ℳ. 881 mit Unrecht der Marktpreis in Hamburg zu Grunde gelegt sei, während die im vorliegenden Falle maßgebende Verordnung vom 27. März 1786

Anderson Sammlung Hamb. Verordnungen, Bd. 2, S. 118—129,

in § 15 nur gestatte, den Ersatz des Facturawerthes, unter Hinzufügung der in Hamburg auf die Waare verwendeten Unkosten und die Zinsen bis zum Eingange des Auctionsprovenüs in Anspruch zu nehmen. Es ist demnach den Widerklägern aufgegeben, die Original-Factura über den in Frage stehenden Taback nebst einer in Gemäßheit des Vorstehenden aufgemachten Schadensberechnung s. Z. einzureichen und den Widerbeklagten, sich bei Strafe der Einräumung auf jene Schadensberechnung einzulassen.

Auf Appellation der Widerkläger mit der Beschwerde, daß ihnen mittelst Beibringung der Factura eine bessere Liquidation auferlegt worden sei und dem Verlangen, den Widerbeklagten sofort in die obgedachte Summe nebst Zinsen und Kosten zu verurtheilen, hat das Obergericht im Decisum und in Abs. 7 u. 8 des Grundes zum Erkenntnisse vom 1. Nov. v. J. den Antrag der Widerkläger verworfen. Dieser Punkt steht also rechtskräftig fest und die Widerkläger haben selbst erklärt, für den Fall einer gewissen Berechnungsart würde sich ihr Anspruch auf ca. 200 ℳ reduciren, die Appellationssumme mithin nicht vorhanden sein. Nun ist es außer Zweifel, daß die Höhe eines Anspruchs in den unteren Instanzen für das Vorhandensein der Appellationssumme bei dem Ober-Appellationsgericht alsdann seine Bedeutung verliert, wenn der Betrag der ursprünglich geltend gemachten Forderung rechtkräftig unter die Höhe der Appellationssumme herabsinkt. Es konnte daher scheinen, daß wenn ein von dem der Klagforderung zum Grunde gelegten verschiedener Berechnungsmaßstab für den Betrag einer Forderung rechtskräftig festgestellt ist, es zuvörderst des Nachweises bedürfe, daß nach diesem neuen Maßstab es an der Appellationssumme nicht fehlen würde. Bedeutungslos sind für die Entscheidung dieser Frage die im §. 36 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung vorkommenden Worte: „wenn auch das wirkliche Interesse des Appellanten weniger betragen sollte," indem sich dieselben vornämlich auf Forderungen aus zweiseitigen Rechtsgeschäften beziehen, in welchen das wahre Interesse erst mittelst Abzugs der Gegenleistung sich ermitteln lassen würde. Eine derartige Ausmittelung, z. B. bei Streit über die Höhe eines Kaufgeldes oder Miethzinses soll ausgeschlossen werden, und der geforderte Betrag allein entscheiden. Wo es sich dagegen um eine einseitige Forderung, insbesondere um die Höhe des Schadensersatzes handelt, kann von jener Vorschrift der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung kein Gebrauch gemacht werden. Ebenso bedeutungslos ist das Vorhandensein der Dimissorialapostel des Obergerichts und der Mangel einer Rüge von Seiten der Parteien. Denn die Appellationssumme ist im öffentlichen Interesse angeordnet, und jene Momente sind nur in zweifelhaften Fällen von Erheblichkeit, zweifelhaft ist aber kein Fall, in welchem die Höhe des Schadensersatzes durch Berechnung gefunden werden kann. Nichtsdestoweniger war aber von der Auflage an die Parteien, das Vorhandensein der Appellationssumme darzulegen und im Unterlassungsfalle das Rechtsmittel als nicht anher erwachsen zu verwerfen, abzusehen. Zunächst nämlich wird man bis auf Weiteres anzunehmen haben, daß die in der Widerklage geforderte Summe bestehen bleibe, bis durch Anwendung des neuen Maßstabes eine neue Summe effectiv als Gegenstand des Streites sich herausstellt. Zur Zeit ist also die Appellationssumme unbestimmt und, insofern man nicht die Liquidationsinstanz anticipiren will, unbestimmbar. Jedenfalls würde es genügen müssen, wenn die Widerkläger ihre Berechnung dahin aufmach-

ten, daß die Appellationssumme erreicht würde. Da aber auch der Wiederbeklagte das Rechtsmittel der Appellation ergriffen hat, so dürfte darin das Einverständniß gefunden werden, es sei, der oberwähnten Aeußerung der Wiederkläger ungeachtet, für diese die Möglichkeit vorhanden, auch bei Zugrundlegung des neuen Maßstabes einen Betrag bis zur Höhe der Appellationssumme zu liquidiren; und waren demnach in formeller Beziehung die Rechtsmittel nicht zu beanstanden.

II. In der Sache selbst war

A dem Obigen zufolge die zweite Beschwerde der Wiederkläger in jetziger Instanz darüber, daß nicht der liquidirte Schadensanspruch als begründet anerkannt worden sei, zu verwerfen. Denn hierüber liegen gleichförmige Entscheidungen vor. Zwar vermeinen die Wiederkläger die Annahme der Gleichförmigkeit sei davon abhängig, ob die Verordnung vom 27. März 1786 auf den vorliegenden Fall zur Anwendung gebracht werde. Wenn nicht, so müsse auch die auf §. 15 derselben gestützte Entscheidung über die Berechnung des Schadensersatzes aufgehoben werden. Dabei ist aber übersehen, daß die Bezugnahme auf jene gesetzliche Bestimmung nur Entscheidungsgrund ist, die Entscheidung selbst aber ganz positiv so lautet, wie oben angegeben, und daß diese Entscheidung von dem Obergericht rein bestätigt worden ist. Es liegen also zwei sich vollständig deckende Urtheile vor, und darauf, ob die Motive, die übrigens ebenfalls conform sind, als unrichtig zu betrachten sein möchten, kommt nichts an. Mußte nun gleich, wie unter B des Weiteren ersichtlich, die Nichtanwendbarkeit der citirten Verordnung §. 9 ausgesprochen werden, so wird hiedurch gleichwohl die vorliegende Entscheidung nicht alterirt. Denn die Frage, nach welchen Normen ein zu ersetzender Schaden zu berechnen ist, und die Frage, ob eine Verpflichtung zum Schadensersatz vorhanden sei, beziehungsweise wen desfalls die Beweislast treffen, sind dergestalt trennbare Punkte, daß die Entscheidung über einen derselben von der Entscheidung des andern unabhängig ist.

Anlangend nun

B die Entschädigungspflicht des Schiffers, so hat das Handelsgericht dieselbe auf folgende Rechtssätze gestützt:

1) Ein Schiffer, welcher die in unverletztem Zustande empfangene Waare beschädigt abliefert, hat den Empfänger zu entschädigen, oder zu beweisen, daß innerer Verderb oder unabwendbare Unfälle der Anlaß der Beschädigung gewesen sind.

2) Zeichnet der Schiffer das Connossement mit der Clausel: „frei von Beschädigung,“ so wird er von dem unter 1 bezeichneten Beweise frei, muß sich jedoch den Beweis des Gegners, daß die Beschädigung ihren Grund in einem Verschulden habe, für welches der Schiffer aufzukommen verpflichtet ist, gefallen lassen; zwischen der deutschen Clausel und der auf den Spanischen Connossementen — No. 2 und 4 der Handelsger. Acten, Observationes No. 1 — enthaltenen Clausel ist aber kein Unterschied.

3) Die Verpflichtung, den Anschuldigungsbeweis gegen den Schiffer zu führen, fällt hinweg, sobald die Vorschriften des §. 8 der Verordnung vom 27. März 1786 nicht eingehalten worden sind. Sie sind anwendbar, sobald die Beschädigung der Waare äußerlich wahrzunehmen ist; und das den Schiffer treffende gesetzliche Präjudiz besteht darin, daß er „die Beschädigung“ unausbleiblich zu vergüten hat.

4) Jedenfalls liegt ein Verschulden des Schiffers bereits erwiesen vor. Die Seronen Taback sind durch Honig beschädigt; nach der Verordnung spricht eine Vermuthung dafür, daß sie in dessen Nähe gelegen und hiedurch beschädigt worden sind. Darin, daß dies geschehen konnte, liegt, beim Abgang sonstiger Seereignisse, ein offenbares Verschulden des Schiffers. Es kommt also nicht darauf an, ob die Lagerung von Honig und Taback neben einander von dem Wiederbeklagten eingeräumt worden ist, und eben so wenig darauf, ob der Honig zu nahe bei der Maschine gelagert ward, und hierdurch in Gährung gerathen ist, resp. die Fässer eingetrocknet sind.

Von diesen vier Sätzen sind die beiden ersten durch gleichförmige Entscheidungen des Handels-

und des Obergerichts rechtskräftig festgestellt, und entsprechen überdies wiederholten Aussprüchen des Ober-Appellationsgerichts und dem materiellen Rechte. Wenn daher die Wiederkläger in der gegenwärtigen Instanz den Versuch wiederholen, die Bedeutung der Clausel auf eine durch die Gefahren der See herbeigeführte Beschädigung zu beschränken, mit dem Bemerken, daß jedenfalls nach dem hier in Betracht kommenden Spanischen Rechte der Sinn der Clausel ein beschränkter sei, und hienach, da Seegefahren den Schaden nicht herbeigeführt hätten, die unter No. 1 hervorgehobene Verpflichtung des Schiffers zum Entschuldigungsbeweise unverändert fortbestehe; so braucht nach rechtskräftiger Lage der Sache in eine Erörterung darüber, ob die Clausel gegen Gefahren „der" See, oder „auf der" See Schutz gewähre, so wenig eingegangen zu werden, wie darüber, was desfalls in Spanien Rechtens sei.

Vergl. übrigens Diccionario de la lengua castellana ed. 8. Madrid 1837 s. v. averia.

Anlangend dagegen den in No. 3 und No. 4 enthaltenen formellen und materiellen Grund des Handelsgerichts für die sofortige Verurtheilung des Schiffers, so hat der materielle Grund bei dem Obergerichte eine abweichende Beurtheilung erfahren, und konnte den Gründen, daß zur Zeit der Beweis eines Verschuldens des Schiffers noch nicht erwiesen vorliege, nur beigetreten werden. Alles kommt mithin darauf an, ob der formelle Grund so wie vom Handelsgerichte oder so wie vom Obergerichte geschehen, zu beurtheilen, oder ob von einer Anwendbarkeit des § 9 der Verordnung vom 27. März 1786 gänzlich abzusehen ist.

Nun sind zwar Obergericht und Handelsgericht darin einverstanden, daß der § 9 auf alle äußerlich wahrnehmbare Beschädigungen Anwendung finde: die Folgen der Unterlassung dagegen werden von beiden Gerichten verschieden beurtheilt. — Das Handelsgericht hält das Präjudiz am Schlusse des § 9 auf alle Fälle, den des Defects, welcher genannt ist, wie den einer sonstigen Beschädigung für anwendbar; das Obergericht beschränkt das Präjudiz auf den angegebenen Fall des Defects und verwandelt in den Fällen sonstiger Beschädigung auf Grund der begangenen Widerrechtlichkeit die sonst in concreto geltende Beweislast. Es fragt sich daher, ob man befugt ist, die Uebereinstimmung beider Gerichte in Ansehung der Anwendbarkeit des § 9 als rechtskräftig feststehend anzusehen, und nur den Punkt, in welchem sie abweichen, nämlich den Folgen der Unterlassung der daselbst vorgeschriebenen Anzeige einer neuen Prüfung zu unterziehen. Diese Frage mußte, wie solches von dem Oberappellationsgerichte bereits in einem ähnlichen Falle geschehen ist:

Hamb. S. Eigener und Cons. c. Luetkens Erben, 30. Juni 1852,

der Ausführungen der Beklagten und Wiederkläger ungeachtet verneint werden. — Der § 9 war als ein untheilbares Ganze anzusehen, und beantwortet die Frage nach den Rechtsfolgen einer eigenmächtigen Brechung der Lage abseiten des Schiffers, wenn die Güter durch Havarie oder andere äußere außerordentliche Zufälle an der Fustage oder Emballage beschädigt sind; die Frage, ob in einem solchen Falle die Haftungspflichtigkeit unbedingt anzunehmen, oder ob dem Schiffer ein Entschuldigungsbeweis freizulassen sei, mit anderen Worten, ob das Präjudiz in einer Fiction oder in einer Präsumtion bestehe. Will man hier mit dem Obergerichte trennen und für gewisse Fälle das Erstere, für andere das Letztere annehmen, so wird sich nicht mit Bestimmtheit sagen lassen, das Handelsgericht, welches in allen Fällen die Fiction zur Anwendung gebracht wissen will, würde vom Standpunkte der Unterscheidung des Obergerichts ebenso erkannt, und nicht vielmehr für eine den Worten buchstäblich entsprechende Anwendung der Verordnung sich entschieden haben. — Die Entscheidungen der unteren Instanzen sind also nicht übereinstimmend und die Anwendbarkeit des § 9 ist eine offene Frage.

Wenn aber dies, so mußte das Oberappellationsgericht sich für die Anwendung der Grundsätze wiederholt erklären, welche von ihm in den Gründen zur Sache

Altmeppen c. Saling & Co.

unterm 30. April 1853 ausgeführt worden sind. Zwar läßt sich nicht in Abrede stellen, daß die Unterscheidung zwischen einem Verlust an der Quantität und einer Beschädigung der Qualität in einzelnen Fällen, wo die Grenze zwischen Beiden zweifelhaft sein kann, ihre Bedenken haben mag; und ebensowenig die Möglichkeit in Abrede stellen, daß ein anomaler Sprachgebrauch mit dem Ausdrucke „Defect" jede Beschädigung bezeichnet haben könnte, so daß er gleichbedeutend mit „Refactie" gebraucht wäre; und endlich, daß in anderen namhaften Seeplätzen der eigenmächtige Bruch der Lage im Falle irgend einer äußerlich erkennbaren Beschädigung der Ladung ohne Weiteres die Haftungspflicht des Schiffers zur Folge hat, wie solches z. B. im

Journal de Marseille 1856 P. 1. p. 75; 1859 P. 1. p. 159. 299; 1861 P. 1. p. 32. 295.

in Bezug auf Segel- wie auf Dampfschiffe als zweifellos bekundet wird, woraus sich entnehmen ließe, daß für Hamburg eine Lücke in der Gesetzgebung vorhanden wäre. Allein so wenig es

verkannt werden mag, daß etwaige derartige Mängel mittelst eines Gewohnheitsrechtes sich ergänzen lassen, so fehlt es an dessen Voraussetzungen in dem vorliegenden Falle gleichwohl gänzlich, in welcher Beziehung es genügt, auf die große Mannigfaltigkeit der Rechtsprechung Hamburgischer Gerichte zu verweisen, für welche die in

Ullrich Sammlung von seerechtlichen Erkenntnissen S. 468 s. v. Verordng. für Schiffer und Schiffsvolk vom 27. März 1786 Art. 9

verzeichneten Rechtsfälle ein anschauliches Bild gewähren. — Bei dieser Sachlage und da einzelne Bedenken bei der Anwendbarkeit für die Erklärung eines Gesetzes bedeutungslos sind, von jedem Gesetzgeber aber bis zum Beweise des Gegentheils angenommen werden muß, daß er bei den von ihm gebrauchten Ausdrücken den herkömmlichen Sinn der Worte im Auge gehabt habe,

Vgl. auch § 6 verbis „unverkürzt", „so viel sie gemindert worden", „wo auch der Defect geblieben sei"; § 12 verbis: „des daran Fehlenden",

ein specieller Hamburgischer Sprachgebrauch von den Parteien nicht einmal behauptet worden ist, war es erforderlich, bei den in dem obenerwähnten Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts niedergelegten Grundsätzen der Auslegung zu verharren.

Konnte nun dem Obigen zufolge von einer Anwendung des § 9 überall nicht die Rede sein, so mußte es bei der nach No. 2 auf Grund der Clausel: „frei von Beschädigung" den Ladungsempfänger treffenden Beweispflichtigkeit verbleiben, und war mithin in Gemäßheit der ersten Beschwerde des Wiederbeklagten den Wiederklägern der aus dem Urtheile ersichtliche Beweis aufzulegen.

Hienach bedürfen die ferneren Beschwerden beider Parteien keiner weiteren Beurtheilung; die Kosten erster Instanz sind selbstverständlich auszusetzen, bei der Vergleichung der in voriger Instanz erwachsenen Kosten mußte es bewenden, und die der gegenwärtigen Instanz waren, da der Wiederbeklagte in der Hauptsache obtinirt hat, die Beschwerden der Wiederkläger aber verwerflich sind, zur Hälfte zu vergleichen, die andere Hälfte aber den Wiederklägern aufzulegen.

Prätnren.

No. 11.

Zweite Prätur. Prätor: Herr Dr. Ullrich.

W. Koppel & Co. (Dr. Malm) gegen W. Samson & Beer (Dr. Engel).

N. Danziger und Consorten haben sich in einem Schulddocumente (Anl. 1) den Klägern gegenüber zur Bezahlung einer Summe von Bco.ℳ 1000. in monatlichen Abzahlungen verpflichtet. Die Beklagten haben rücksichtlich dieser Verpflichtung in der Anlage 1 die folgende Bürgschaft übernommen:

„Wir verbürgen uns als Selbstschuldner für den vierten Theil des Betrages der in diesem Documente stipulirten Summe, also bis zur Höhe von Bco.ℳ 250."

Nachdem die Hauptschuldner den Betrag von Crt.ℳ 920. a conto ihrer Schuld bezahlt haben, werden die Beklagten auf Grund obiger Bürgschaft zur Bezahlung von Bco.ℳ 250. von den Klägern in Anspruch genommen.

Die Beklagten wenden außer mehreren das Schuldverhältniß selbst betreffenden, zur Relation nicht geeigneten Einreden hauptsächlich ein: Die von ihnen übernommene Bürgschaft sei ihrem bekanntlich nicht zu extendirenden Wortlaute nach nur dahin zu verstehen, daß Beklagte für die Bezahlung des vierten Theiles der Hauptschuld verhaftet sein wollten und nicht darüber hinaus. — Da nun aber die Hauptschuldner bereits bei Weitem mehr als den vierten Theil der Schuld bezahlt haben, so seien sie, Beklagte, ihrer Verbindlichkeit aus der Bürgschaft überhoben. Die von den Hauptschuldnern geleisteten Abschlagszahlungen seien nämlich bekannten Rechten nach im Zweifel auf die drückendere Schuld anzurechnen, und als solche sei nach positiven gesetzlichen Bestimmungen des Römischen Rechts (l. 1—4 D. de solut.) eine Schuld zu betrachten, für deren Bezahlung die Bürgschaft eines Dritten valedire.

Die Kläger repliciren: Der klare Sinn der beklagtischen Bürgschaft sei derjenige, daß die Beklagten für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Danziger in der Weise haften wollten, daß Beklagte niemals auf mehr als Bco.ℳ 250. in Anspruch genommen werden könnten; so lange dieser Betrag der Hauptschuld noch ungetilgt geblieben, seien also Beklagte jedenfalls aus der Bürgschaft obligirt, unangesehen die Bezahlung des ersten Viertheils oder eines größeren Betrages der Schuld abseiten der Hauptschuldner. — Die von Beklagten in Bezug genommenen Bestimmungen des Römischen Rechtes, — überdies nur von verschiedenen Forderungen zu verstehen und nicht auf verschiedene Theile einer einzelnen Forderung bezüglich, — seien unanwendbar auf den hier vorliegenden Fall einer selbstschuldigen Bürgschaft, denn in diesem Falle seien Hauptschuldner und Bürge in vollkommen gleicher Weise verhaftet; durch Uebernahme einer solchen Bürgschaft erscheinen Beklagte als correi debendi. — Eventuell behaupten sie, daß Beklagte ihre Verbindlichkeit ausdrücklich anerkannt hätten, und daß der Mitinhaber der beklagtischen Firma, Beer, für die Berichtigung der Zahlungen Sorge tragen zu wollen erklärt habe.

Erkannt am 5. Mai:

Da in der von den Beklagten übernommenen

Bürgschaft keineswegs ausdrücklich festgesetzt ward, daß dieselben so lange für ein Viertheil verhaftet bleiben wollten, bis die ganze in Anlage 1 aufgeführte Schuld getilgt wäre;

da auch nicht behauptet werden kann, daß ihre Bürgschaft deshalb in dieser Weise aufzufassen sei, weil nicht das Gegentheil in derselben ausgedrückt worden, indem vielmehr im Zweifel derjenigen Interpretation der Vorzug gegeben wird, welche eine geringere Verpflichtung des Schuldners mit sich führt;

da mithin in Frage steht, ob durch die von N. A. Danziger auf die Schuld in Anlage 1 gezahlten Crt.-ℳ 920. die Bürgschaftsschuld des Beklagten als getilgt zu betrachten ist, und diese Frage allerdings bejaht werden muß, indem weder N. A. Danziger noch die Kläger bei Leistung und Empfang der Zahlung bestimmt haben, ob dieselbe auf den verbürgten oder unverbürgten Theil der Schuld zu beziehen sei, und in solchem Falle den Rechten nach die Zahlung zuerst auf die verbürgte Schuld angerechnet wird, weil dieselbe als die lästigere anzusehen ist, auch wegen dieses Grundes jener Bestimmung, für deren Anwendung kein Unterschied statuirt werden kann, ob die Zahlung auf verschiedene Schuldposte geleistet wird, oder nur auf eine Schuld, von welcher ein Theil durch Pfänder oder Bürgen gesichert war;

da ebensowenig bezweifelt werden kann, daß die Verpflichtung der Beklagten als eine Bürgschaft anzusehen ist, indem in dem eingeklagten Schein ausdrücklich von ihrer Verbürgung die Rede, und die wesentliche Bedeutung einer selbstschuldigen Bürgschaft nur in dem Ausschluß der exceptio excussionis zu finden ist,

siehe Seuffert Archiv Bd. 3 No. 167, Bd. 13 No. 223;

da mithin nur in dem Falle von einer Verhaftung der Beklagten die Rede sein könnte, wenn dieselben, wie replicando behauptet worden, im August 1861 ihre Schuld anerkannt hätten;

da auch in der replicando behaupteten Zusage des Mitinhabers der beklagtischen Firma Beer: „er wolle, wenn die Kläger sich wieder mit den Terminzahlungen zufrieden stellen wollten, Sorge tragen, daß dieselben prompt eingehalten würden“ die Uebernahme einer gültigen Verbindlichkeit zu finden wäre;

da jedoch wegen der Natur dieser Verbindlichkeit nicht als selbstverständlich angesehen werden kann, daß Beer dadurch seine Firma obligiren wollte, mithin diese Verpflichtung bei der vorliegenden, gegen die Firma Wilhelm Samson & Beer angestellten Klage nur dann in Betracht kommen könnte, wenn Beer dieselbe ausdrücklich für diese Firma übernommen hätte,

daß — wegen alles sonst Vorgebrachten beiden Parteien quaev. comp. vorbehältlich — vorgängig Kläger in term. sich darüber zu erklären haben, ob Beer die fragliche, replicando angegebene Zusage im Namen der Firma Wilhelm Samson & Beer ertheilt habe — unter dem Präjudiz, daß widrigenfalls angenommen werde, sie wollten eine solche Behauptung nicht aufstellen,

quo facto weiter erkannt werden soll, was Rechtens

Auf beiderseitige Supplication erkannte das Niedergericht am 2. Juni:

Da die von den Beklagten übernommene Verpflichtung nicht anders verstanden werden kann, als daß die Beklagten für alle Theile der von den Hauptschuldnern zu leistenden Zahlung die selbstschuldige Bürgschaft übernommen haben, jedoch mit der Einschränkung, daß sie auf keinen Fall für mehr als den vierten Theil haften wollten, so daß also ihre Bürgschaft cessiren sollte, sobald sie auf Grund derselben eine Zahlung von Bco.-ℳ 250. geleistet haben würden;

da es auch die Sache der Beklagten gewesen wäre, sich deutlicher auszudrücken, falls sie ihre Bürgschaft anders, nämlich dahin verstanden wissen wollten, daß dieselbe erledigt sein solle, sobald überall nur der vierte Theil der von den Hauptschuldnern zu leistenden Zahlung berichtigt sein würde;

da somit die Einrede, daß die beklagtische Bürgschaft durch die geständlich erfolgte Zahlung von Crt.-ℳ 920. gänzlich erledigt sei, zu verwerfen ist, und es demnach auf die etwaige spätere Anerkennung oder Erneuerung der Bürgschaft und die deshalb den Klägern injungirte Erklärung überall nicht ankommt, dagegen aber nunmehr über die sonstigen Einreden der Beklagten zu entscheiden ist,

daß das Erkenntniß der zweiten Prätur vom 5. Mai d. J. unter Verwerfung der beklagtischen Beschwerden auf Grund der principalen klägerischen Beschwerde bis auf das Cautionsinjunctum wieder aufzuheben, die Einrede der durch die Zahlung von Crt.-ℳ 920. gänzlich erledigten Bürgschaft zu verwerfen und die Sache zur Entscheidung über die fernere Einreden der Beklagten an die erste Instanz zurückzuverweisen sei.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meissner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 25. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 21. Juni. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Schreiber & Mitau c. Berlin-Hamburger Eisenbahn-Gesellschaft. — Cohn c. Gärtner. — Merck & Co. c. Gebr. Schiller. — Oberappellationsgericht: Faurschou, Cramer & Co. c. Heyn & Co.

Handelsgericht.

No. 46.

Erste Kammer. Audienz vom 5. Juni 1862.
Präses: Herr Dr. Albrecht. Richter: die Herren Schuldt und Schenck.

Schreiber & Mitau (Dr. Oppenheimer) gegen die Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahn-Gesellschaft (Dr. Des Arts).

Die Kläger behaupten, am 10. August 1860 vermittelst der Berlin-Hamburger Eisenbahn ein Collo Felle zum Werthe von 24 ℛ︁ an F. Schröder in Bützow gesandt zu haben. Sie hätten auf dasselbe den Werth nachgenommen und demgemäß den Frachtbrief mit den Worten: „Nachnahme Vier und Zwanzig Thaler" bezeichnet. Die beklagtische Gesellschaft habe das Collo an Schröder ausgeliefert, wolle ihnen jedoch statt der 24 Thaler nur 24 Silbergroschen als Nachnahme vergüten, da Schröder nicht mehr an sie gegen Empfangnahme der Häute bezahlt habe. Die Kläger verlangen nun die Bezahlung von 24 ℛ︁ nebst Zinsen und Kosten, da sie nicht darunter leiden dürften, wenn die Beklagte, etwa aus Versehen, von Schröder statt 24 ℛ︁ nur 24 Sgr. erhoben habe.

Die Beklagte wendet ein: In dem Frachtbriefe habe nicht „Nachnahme 24 ℛ︁", sondern „Nachnahme 24 Sgr." gestanden. Sie sei berechtigt, die Edition des Frachtbriefes zu fordern; derselbe sei von den Klägern bisher nicht beigebracht worden. Ein Versehen auf ihrer Seite sei nicht vorgefallen und auch nicht wahrscheinlich, da in den Registern der Eisenbahn sowohl hier als zu Bützow 24 Sgr. als Nachnahme eingetragen seien. Uebrigens gehe aus der Klage hervor, daß von den Klägern der Werth der Waare nachgenommen sei; dies sei nach § 9 des Eisenbahnreglements *) unstatthaft, zufolge einer Vorschrift, die ihren Grund darin habe, daß aus der Nachnahme nicht blos der Spesen, sondern auch des Werthes der Waare leicht Unzuträglichkeiten für die Eisenbahngesellschaft entstehen könnten. Da die Kläger somit gegen das Reglement gehandelt, seien sie überhaupt nicht klageberechtigt.

Die Kläger entgegnen: Es sei Usanz, daß Waaren unter Nachnahme ihres Werthes per Eisenbahn expedirt würden. Zufolge des § 9 dürfe der Absender sich allerdings keinen Vorschuß auf die Waare von

*) Der betreffende Passus lautet: „Nach dem Ermessen der Verwaltung können die, auf weiter herkommenden Gütern bei ihrer Aufgabe auf die Bahn haftenden Spesen nachgenommen werden. — — — Vorschüsse auf den Werth des Gutes sind nicht gestattet."

der Eisenbahngesellschaft geben lassen; nachnehmen aber dürfe er den Werth der Waare oder einen Theil desselben ebensowohl wie die Spesen: dabei übernehme die Eisenbahn auch keinerlei Risico, und könnten für sie keine Unzuträglichkeiten daraus entstehen. — Sie seien bereit, den Beweis, daß auf dem Frachtbriefe „Nachnahme 24 ℘" gestanden, zu übernehmen, sowie auch einen Editionseid zu leisten, da Schröder in Bützow den Frachtbrief zerrissen oder verlegt haben wolle und sie denselben deshalb nicht beibringen könnten.

Erkannt:

Da Kläger nicht bestreiten, daß das Vereins-Reglement, auf welches Beklagte sich beruft, die lex inter partes bilde, nach dem § 9 dieses Reglements aber angenommen werden muß, daß Beklagte, als ihr das in Rede stehende Collo zur Beförderung übergeben ward, zur Einziehung der auf dem Frachtbrief bemerkten Nachnahme nur unter der Voraussetzung sich verstanden habe, daß diese Nachnahme aus Spesen bestehe, welche derzeit auf der Waare hafteten;

da hiernach Beklagte für die Einziehung dieser Nachnahme auch nur insofern den Klägern verantwortlich ist, als der nachgenommene Betrag wirklich aus Spesen bestand, Kläger jedoch selbst erklären, daß die 24 ℘, welche sie als Nachnahme auf dem Frachtbrief notirt zu haben behaupten, keineswegs für Spesen, vielmehr für den Kaufpreis valediren sollten, den sie in dieser Weise von dem Destinatair für die Waare einzuziehen beabsichtigt hätten;

da auch hier darüber nicht zu entscheiden ist, ob Beklagte die 24 Sgr., welche sie von dem Destinatair der Waare eingezogen haben will, oder was sie sonst in Folge der auf dem Frachtbrief notirten Nachnahme erweislich erhoben haben sollte, den Klägern auszukehren habe, indem doch die Letzteren ihre Klage nicht darauf gründen, daß Beklagte in Folge der Nachnahme Zahlung von dem Destinatair erhalten habe, sondern darauf, daß Beklagte ihnen ohne Rücksicht darauf, ob dieselbe Zahlung erhalten habe, die auf dem Frachtbrief notirte Nachnahme zu vergüten habe,

daß Kläger mit der von ihnen erhobenen Klage, unter Verurtheilung in die Proceßkosten, angebrachtermaßen abzuweisen.

No. 47.

Erste Kammer. Audienz vom 19. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

Julius Cohn (Dr. D. Hertz) gegen G. J. Gärtner (Dr. Sieveking).

Kläger verlangt Ct℔ 25 für empfangene Waaren laut Rechnung.

Beklagter erkennt die Rechnung als richtig an, wendet dagegen ein, er habe vor ergangener Citation dem Kläger die Zahlung, bestehend in folgenden Geldstücken, welche er dem Gerichte vorlege, in's Haus geschickt, nämlich in einem Hamburger Ducaten (Ct℔ 8), 3 doppelten Thalern, 2 Fünf-Schilling-Stücken und 22 einzelnen Schillingen. Dabei sei der Bringer des Geldes ermächtigt gewesen, auf klägerisches Verlangen noch zwei Schillinge zu dem Ducaten hinzu zu legen, obwohl zur Zeit die Coursdifferenz nur ⅝ Schillinge betragen habe. Diese Zahlung habe der Kläger zurückgewiesen, indem er unbefugter Weise den ganzen Betrag in Preußischen Thalern verlangt habe. Indessen hätte Kläger den Ducaten als eine Hamburgische Münze jedenfalls zum Course annehmen müssen und da der übrige Theil des Geldes nicht ausschließlich in ganzen Thalern zu berichtigen war, auch die nothwendige Scheidemünze.

Kläger entgegnet: Auf Grund des § 1 der Hamburgischen Münz-Verordnung sei er berechtigt, die ihm schuldigen Ct℔ 25 ausschließlich in ganzen Thalern zu verlangen; keinenfalls aber sei er zur Annahme des ihm offerirten Geldes verpflichtet gewesen, denn einmal stelle er entschieden in Abrede, daß der Bringer des Geldes sich bereit erklärt habe, zwei Schillinge zu dem Ducaten hinzu zu legen und zweitens befänden sich unter den vorliegenden Geldstücken ein außer Cours gesetztes

Dänisches Fünf-Schilling-Stück und ein ebenfalls werthloser Mecklenburger Schilling.

Beklagter: Der anfängliche Grund der klägerischen Weigerung, das offerirte Geld in Empfang zu nehmen, habe ausschließlich in dem Verlangen ganzer Thaler bestanden, auf die Berechtigung oder Nichtberechtigung dieser Weigerung und nicht auf die anderweitigen jetzt vorgebrachten Monituren könne es somit für die abzugebende Entscheidung ankommen.

Erkannt:

da Beklagter nicht bestreitet, daß er die Zahlung für die in der Rechnung, Anl. 1, aufgeführten Waaren in Courantgeld zu leisten hatte und somit die Vorschriften der §§ 1 und 9 der provisorischen Münz-Verordnung vom 30. Mai 1856*) auf dem vorliegenden Fall zur Anerkennung kommen müssen:

daß Beklagter schuldig sei, die eingeklagten Ct℔ 25 und zwar in Thalern zu 2½ ℔ Ct. nebst den Zinsen vom Klagetage und den Proceßkosten dem Kläger innerhalb acht Tagen s. p. executionis zu bezahlen.

No. 48.

Zweite Kammer. Audienz vom 2. Juni 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

H. J. Merck & Co. (Dr. Sieveking) gegen Gebrüder Schiller (Dr. Wolffson).

Die Kläger tragen vor: Sie hätten von den Beklagten resp. 200 und 100 Last gedarrten Roggen gekauft, frei an Bord und frei aus ab St. Petersburg Newsky disponible und abzunehmen bis spätestens im Juli alten Stiles d. J. Am 13. Juli hätten sie von den Beklagten Auslieferungsscheine über beide gekaufte Parthieen erhalten auf P. Nenukoff in St. Petersburg lautend, und dieselben an die Ordre von Fr. Voelkel in St. Petersburg indossirt. Dieser habe zur Einnahme der Ladung dem Nenukoff 7 Schiffe angewiesen und deren Ladebereitschaft am 25. und 27. Juli a. St. angezeigt. Dennoch sei am 1. August a. St. die Verladung noch nicht einmal begonnen worden, obgleich dieselbe nach den Schlußnoten bereits ultimo Juli beendet sein sollte. In Folge dessen seien denn auch die Connossemente zu spät hier angekommen und dadurch den Klägern ein nicht unbedeutender Zinsverlust erwachsen. Man habe versucht, sämmtliche durch die verspätete Ablieferung entstandenen Kosten und Schäden mit dem Ablader Nenukoff zu reguliren. Dieser habe jedoch nur die in St. Petersburg beim Einladen verwirkten Ueberliegegelder und Protestkosten gezahlt. Die (in Anl. 14 zusammengestellten) klägerischen Schadens-Ansprüche seien demnach noch folgende:

1. Zinsverlust wegen verspäteter Einlieferung der Connossemente: Bco℔ 196. 2ß.
2. Ueberliegegelder für die drei Schiffe Benoit (zwei Tage), Johanna (sechs Tage) und Juffer Grietje (acht Tage). Die mit denselben für Laden und Entlöschung zusammen stipulirten 28 Liegetage seien nämlich wegen der verspäteten Lieferung schon durch das Laden in St. Petersburg absorbirt worden, und daher für sämmtliche zur Entlöschung an den Bestimmungsorten gebrauchten Tage von den dortigen Empfängern Ueberliegegeld zu vergüten gewesen. Dasselbe betrage zuzüglich der dortigen Protestkosten und Extra-Auslagen für beschleunigte Entlöschung (um weitere Ueberliegegelder zu vermeiden) für die drei genannten Schiffe resp. Bco℔ 109. 1ß, 330. 3ß und 330. 15ß.
3. Auslagen an telegraphischen Depeschen und Porto u. s. w. Bco℔ 58. 8ß.
4. Protest-Spesen wegen verweigerter Lieferung von 65 Tschetwert: Bco℔ 24. 9. Nenukoff habe nämlich trotz der von den Beklagten an ihn ausgestellten Auslieferungsscheine die Lieferung von 65 Tschetwert geweigert, und seien die Kläger deshalb genöthigt gewesen, zur Sicherung ihres desfallsigen Regresses an die Beklagten Protest zu erheben.

Ihre Gesammt-Schadensforderung betrage demnach Bco℔ 1049. 6., in welche sie die Beklagten zu verurtheilen bitten.

---

*) Der § 1 der Münz-Verordnung lautet:
„Bei allen Zahlungsverbindlichkeiten in Courantgeld, welche vom 1. Juli 1856 an in Hamburg und dessen Gebiet contrahirt werden, gilt, sofern eine andere Münzsorte nicht ausdrücklich verabredet worden, der 14 Thaler-Fuß, der Thaler zu 2½ ℔ oder 40ß Courant gerechnet.“ — § 9: „Es ist Niemand gehalten, Zahlungen, welche in Thaler-Stücken berichtigt werden können, in kleineren Münzsorten anzunehmen.“

Die Beklagten wenden ein: Der Klage obstire vor Allem die Einrede der abgemachten Sache. Sie hätten die Kläger wegen ihrer Schadensansprüche an den Ablader Nenukoff verwiesen. Dieselben hätten darauf ihren Vertreter in St. Petersburg, Voelkel, mit der Regulirung beauftragt und dieser mit Nenukoff ein Arrangement getroffen, auf welches der Letztere — welcher den Beklagten regreßpflichtig sein würde — sich ihnen gegenüber berufe. Es ergebe sich dies theils aus dem Schluß der Anl. 13 *) (eines Schreibens der Kläger an die Beklagten), theils aus einer von Voelkel aufgemachten und quittirten Rechnung (Anl. C), die im Wesentlichen mit der gegnerischen Schadensrechnung übereinstimme. Die Gegner könnten sich nicht darauf berufen, daß die Anlage C nur die Kosten in St. Petersburg enthalte und es sich hier um die Kosten an den Bestimmungsorten handele; denn eine solche Auseinanderreißung der Schadensforderung sei nicht zulässig. Der Schade sei in Petersburg reclamirt und dort abgemacht, und daher jetzt nicht mehr darauf zurückzukommen. — Eventuell sich einlassend bemerken sie, daß die fraglichen drei Schiffe bereits am 17. resp. 20. Juli disponibel gewesen, aber erst am 25., oder sogar am 27. Juli, also 8 Tage später, dem Ablader zur Disposition gestellt worden seien. Die Beladung sei deshalb bis ultimo Juli nicht möglich gewesen, jedenfalls aber seien durch Schuld der Gegner 8 Tage vertrödelt worden, womit der ganze Anspruch derselben auf Ueberliegegeld hinfällig werde. Es sei ferner von den Klägern zu beweisen, daß die Schiffe wirklich am 25. Juli in Newsky (nicht etwa in Kronstadt) disponibel gewesen seien, und endlich könnten sich die Beklagten auch darauf berufen, daß die Verladung durch anderweitige Umstände, insbesondere Regenwetter, behindert worden sei. Die Schadensrechnung betreffend, so constatire nicht, daß wirklich so viel Liegetage, wie behauptet, bezahlt seien und bezahlt werden mußten, noch, wie so die Kläger zum Ersatz dieser Kosten ihren Empfängern gegenüber verpflichtet gewesen. Die Extrakosten wegen beschleunigter Löschung werden bestritten, jedenfalls müsse die dadurch für die Beklagten bewirkte Ersparung nachgewiesen werden. Zinsen, die eventuell jedenfalls nur zu 5 pCt. zu berechnen, könnten nicht gefordert werden, sondern nur Schadensersatz dafür, daß die Kläger wirklich durch einen festen Preis, zu dem sie weiterverkauft, den Zinsverlust gehabt hätten. Die Berechnung nach der Zeit der Ankunft des Konnossements sei ganz unzulässig. Die Protestkosten (Bco.ℳ 24. 9 β) seien, da der Protest ganz überflüssig gewesen, nicht zu ersetzen. Porto und Depeschenkosten seien unsubstantiirt und deshalb nicht zu attendiren.

Die Kläger entgegnen: Die Einrede der abgemachten Sache sei unbegründet. Das Geschäft sei nur zwischen ihnen und den Beklagten geschlossen. Die Angelegenheit zwischen Nenukoff und Völkel kümmere sie daher nicht. Sie hätten sich auch nicht an Nenukoff verweisen lassen, sondern nur auf Wunsch der Beklagten und unter Vorbehalt ihrer Ansprüche an diese, sich einstweilen an denselben gewendet. Derselbe habe jedoch lediglich Völkel die gehabten Auslagen ersetzt. Die Quittung (Anl. C) habe Völkel deshalb auch nur für sich, nicht auch für die Ansprüche der Kläger an die Beklagten — wozu er auch gar nicht befugt und beauftragt gewesen sei — ausgestellt. Die Berufung der Beklagten darauf, daß die Schiffe erst am 27. Juli zur Disposition gestellt seien, treffe nur die Liegetage in St. Petersburg, die aber bereits von Nenukoff vergütet und somit erledigt seien. Die Beklagten hätten kein Recht auf die vollen 28 Liegetage gehabt, sondern nur auf eine angemessene Zeit zur Beladung. Dieselben hätten aber, statt sofort, als die Schiffe zur Disposition gestellt wurden, mit der Abladung zu beginnen, erst am 12. resp. 14. August damit angefangen, und dann noch 10 Tage dazu gebraucht, so daß alle Liegetage schon in St. Petersburg abgelaufen seien. Sie müßten daher die Ueberliegetage am Löschplatze ersetzen. Daß die Schiffe nicht in Newsky gelegen, werde geleugnet; ebenso, daß Regenwetter die Beladung gehindert habe, welcher casus übrigens auch die Beklagten treffen würde. — Die Extrakosten zur Beglaubigung der Entlöschung seien, da im Interesse der Beklagten ausgegeben, von diesen zu ersetzen. Ebenso die Protestkosten sub 4, da derartige Proteste üblich und in der Regel verlangt würden. In Betreff der Porto- und Depeschenkosten erbiete man sich zum Beweise. —

---

*) Dieser Schluß lautet: „Ueber die Kosten der verspäteten Lieferungen in Betreff der bewußten Parthien Roggen war eine Verständigung mit Ihrem St. Petersburger Freunde noch immer nicht zu Stande gekommen, und so werden wir höchstwahrscheinlich bald in den Fall kommen, Sie auch dafür in Anspruch zu nehmen, da wir jetzt nicht länger Ihren Wunsch, die Angelegenheit, wenn irgend thunlich, in St. Petersburg zu ordnen, berücksichtigen können.“

die Zinsberechnung sei, da die Kläger den Kaufpreis zu früh bezahlt hätten, richtig.

Erkannt:

1) den Betrag von Bco℔ 196. 2 ß für Zinsen betreffend:

da Verzugszinsen nur von demjenigen zu entrichten sind, der mit einer Geldzahlung, nicht aber von demjenigen, der mit einer Sachleistung im Verzuge ist,

(vgl. Savigny System 2c., Bd. 6, § 269, insbesondere S. 138, Note g.)

und namentlich eine gesetzliche Vorschrift nicht existirt, nach welcher der Verkäufer, wenn derselbe mit der Lieferung der Waaren nach erfolgter Bezahlung der Kaufsumme säumig ist, die letztere zu verzinsen hätte, abgesehen natürlich von den Fällen, in welchen der Käufer wegen der mora des Verkäufers vom Vertrage zurücktreten und in Folge hiervon die bereits gezahlte Kaufsumme zurückfordern kann;

da hiernach Kläger, wenn die Abladung der ihnen von den Beklagten verkauften 100 und 200 Last Roggen als nicht rechtzeitig erfolgt zu betrachten sein sollte, doch deshalb nicht für berechtigt gehalten werden konnten, Zinsen für die von ihnen gezahlten Kaufsummen vom Beginn dieses Verzuges an zu beanspruchen, Kläger vielmehr nur den Schaden ersetzt verlangen können, der unter den obwaltenden Umständen aus der Verzögerung der Lieferung erweislich für sie erstanden ist und sie demnach einen Anspruch auf Ersatz von Zinsen nur etwa darauf gründen könnten, daß sie die Waaren weiter verkauft hatten und sie bei rechtzeitiger Verladung von ihren Käufern frühere Zahlung erhalten haben würden, ein derartiger Anspruch aber hier von den Klägern gar nicht erhoben worden ist:

daß Kläger mit der von ihnen erhobenen Klage, insoweit dieselbe auf einen Ersatz von Zinsen für die den Beklagten gezahlten Kaufsummen gerichtet ist, abzuweisen.

2) den Betrag von Bco℔ 24. 9 ß für Protestkosten betreffend:

da dem F. Voelkel, welchem Kläger die ihnen von den Beklagten ausgestellten Auslieferungsscheine übertragen hatten, es oblag, die Weigerung des Abladers Renukoff, diese Auslieferungsscheine vollständig zu honoriren, gehörig zu constatiren, um den Klägern dadurch ihren Regreß an die Beklagten zu sichern, Kläger daher auch berechtigt erscheinen müssen, die Kosten, welche der zu diesem Behuf erhobene Protest verursacht hat, von den Beklagten ersetzt zu verlangen;

da auch, wiewohl die Beklagten die Einrede der abgemachten Sache sämmtlichen in der Anl. 14 zusammengestellten Ansprüchen der Kläger entgegengesetzt haben, doch aus der näheren Begründung dieser Einrede sich ergiebt, daß dieselbe nur auf diejenigen Ansprüche bezogen werden soll, welche Kläger aus der von ihnen behaupteten Verzögerung der Verladung ableiten, und somit der hier in Rede stehende Ansatz dieser Rechnung nicht durch diese Einrede betroffen wird;

da denn aber auch dieser Ansatz der Summe nach unbestritten geblieben ist:

daß Beklagte schuldig seien, diese Bco℔ 24. 9 ß nebst den Zinsen vom Klagetage den Klägern innerhalb acht Tagen sub poena executionis zu bezahlen.

3) die Beträge von Bco℔ 109. 1 ß, Bco℔ 330. 3 ß und Bco℔ 330. 15 ß für Ueberliegegeld 2c., sowie von Bco℔ 58. 8 ß für telegraphische Depeschen 2c. betreffend:

da, wenn die Einrede der abgemachten Sache für begründet zu erachten sein sollte, es eines näheren Eingehens auf diese Ansätze der klägerischen Rechnung nicht bedürfen würde;

da nun diese Einrede von den Beklagten auf die Behauptung gestützt wird, daß Voelkel in St. Petersburg Namens der Kläger den Ablader Renukoff gegen die Zahlung der in der Anl. C. aufgeführten Unkosten jeder weiteren Ersatzpflicht wegen der verzögerten Verladung entlassen habe, auch unter den vorliegenden Verhältnissen ein Zweifel darüber nicht obwalten kann, daß Kläger, wenn dieser Verzicht des Voelkel als rechtsverbindlich für sie zu betrachten sein sollte, weitere Schadensansprüche gegen die Beklagten nicht geltend machen konnten;

da nun aber Kläger einen Verzicht des Voelkel als nur dann für sie verbindlich anzuerkennen hätten, wenn sie entweder den Voelkel zu demselben ermächtigt oder wie Beklagte ferner behaupten, ihnen gegenüber zur Anerkennung desselben sich im Voraus verpflichtet haben sollten:

da jedoch diese letztere Behauptung durch den Schlußsatz des klägerischen Schreibens Anl. 13 keineswegs erwiesen wird, indem aus diesem Satz nicht ohne Weiteres gefolgert werden kann, daß Kläger dem Beklagten gegenüber sich damit einverstanden erklärt haben, daß Völkel über alle Schadensansprüche, welche sie wegen der verzögerten Verladung gegen die Beklagten geltend machen könnten, sich mit Renukoff verständige, vielmehr dieser Satz sehr wohl mit der klägerischen Darstellung vereinbar ist, nach welcher Völkel nur die in St. Petersburg in Folge der in Rede stehenden Verzögerung entstandenen Unkosten dort von Renukoff einzuziehen versuchen sollte, und somit Beklagter nicht nur den von ihnen behaupteten Verzicht, sondern auch die Thatsachen zu beweisen haben, aus denen sie ableiten wollen, daß derselbe von den Klägern anerkannt werden müsse,

daß — beiden Parteien wegen alles von ihnen wegen dieses Theils der klägerischen Ansprüche sonst Vorgebrachten. quaevis competentia vorbehältlich — Beklagte vorgängig zu beweisen haben:

daß Völkel in St. Petersburg Namens der Kläger dem dortigen P. Nenukoff gegenüber sich damit einverstanden erklärt habe, daß durch die Bezahlung der in der Rechnung Anl. C aufgeführten Unkosten alle Schadensansprüche der Kläger wegen der Verzögerung der Verladung erledigt sein sollten;

sowie ferner

entweder: daß Völkel zu diesem Arrangement mit Nenukoff von den Klägern ermächtigt gewesen sei,

oder: daß Kläger den Beklagten gegenüber sich damit einverstanden erklärt haben, daß Völkel sich mit Nenukoff über alle Schadensansprüche verständige, welche Kläger wegen der erwähnten Verzögerung gegen die Beklagten erheben könnte.

Es haben Beklagte diese Beweise — den Klägern Gegenbeweis vorbehältlich — innerhalb vier Wochen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Strafe des Beweisverlustes anzutreten, worauf alsdann weiter, was Rechtens, erkannt werden soll.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 17.

In Sachen Faurschou, Cramer & Co. gegen Joh. Heyn & Co. modo Werckmeister und Genz m. n. derselben (cfr. No. 11 der Gerichtszeitung von 1861) hatte das Obergericht am 8. November 1861 erkannt:

Da die, der formellen Sachlage, namentlich der unterlassenen förmlichen Präsentation und Protestation des Auslieferungsscheines am Lieferungstage, sowie dem Umstande, daß Kläger nicht rechtzeitig ein Schiff zur Abnahme der Waare gestellt haben, entnommenen beklagtischen Ausführungen aus den vom Handelsgerichte angeführten Gründen für durchgreifend nicht zu erachten sind; dagegen die, aus der materiellen Sachlage abgeleitete Begründung der Beschwerde anlangend,

da zwar den Verhandlungen zwischen den Klägern und Winding, so lange solche nicht dahin geführt haben, daß die Kläger die, laut Auslieferungsscheines zu liefernde Waare als geliefert haben gelten lassen oder gelten lassen müssen, eine Bedeutung für die Beklagten nicht beigemessen werden kann;

da jedoch die Aushändigung des Auslieferungsscheines Seitens der Kläger an Winding, wenn gleich vielleicht die augenfälligste, doch nicht die einzige Art der Liberation von der Lieferungspflicht ist, vielmehr es der Auslieferung des Scheines jedenfalls gleich geachtet werden müßte, wenn, sei es nach Maßgabe der zwischen den Klägern und Winding bestehenden Verhältnisse überhaupt, sei es in Folge besonderen Einverständnisses unter denselben, die Verpflichtung zur Lieferung der Waare für aufgehoben zu erachten, und demnach die Kläger zur Auslieferung des Scheines an Winding verpflichtet sein würden;

da indessen aus dem Umstande allein, daß die Kläger die fragliche Partie Gerste im Auftrage und für Rechnung von Winding gekauft haben, nicht ohne Weiteres gefolgert werden kann, daß Kläger den Winding der Verpflichtung zur Lieferung der, laut Auslieferungsscheines zu liefernden Gerste entlassen haben; da es dabei vielmehr auf das Innere des Verhältnisses, namentlich darauf ankommt, ob die Kläger für dieses Geschäft dem Winding Credit gewährt haben, indem, wenn, wie solches nach der klägerischen Darstellung angenommen werden muß, Winding schuldig war, den Klägern vor Verfall gerade für dieses Geschäft Rimessen zu machen, die Kläger in Entstehung solcher Rimessen die Lieferung der Waare zu verlangen, unzweifelhaft berechtigt sein würden;

da demnach auch das beklagtischerseits behauptete Einverständniß der Kläger und des Winding darüber, daß die Lieferung nicht stattzufinden habe, immer nur unter der Voraussetzung hin relevant zu erachten sein würde, daß nach Maaßgabe desselben Winding seiner Lieferungspflicht unbedingt enthoben war, und nur in diesem Sinne den Beklagten ein ihrerseits beantragter Beweis annoch nachgelassen werden kann, weil nur, wenn dieses der Fall, die Kläger die laut Auslieferungsscheines zu liefernde Waare als geliefert gelten lassen müssen:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 17. Juni d. J. wieder aufzuheben, und die Beklagten in term. praefigendo, — den Klägern Gegenbeweis, namentlich dahin: daß Winding verpflichtet war, vor Verfall für dieses Geschäft Rimessen zu machen, vorbehältlich — zu erweisen haben:

daß nach Maaßgabe der zwischen den Klägern und Winding bestehenden Verhältnisse überhaupt, oder in Folge besonderen Einverständnisses derselben, Winding der Verpflichtung zur Lieferung der fraglichen Partie Gerste unbedingt enthoben war;

übrigens aber den Beklagten unbenommen zu lassen, auf die Edition der betreffenden Correspondenz zwischen den Klägern und Winding im Beweisverfahren zurückzukommen.

Auf beklagtische Appellation und klägerische Adhäsion hat nunmehr das Oberappellationsgericht zu Lübeck das obergerichtliche Erkenntniß aufgehoben und dasjenige des Handelsgerichts wieder hergestellt; die Kosten der dritten Instanz sind zur Hälfte compensirt, in die andere Hälfte sind die Beklagten verurtheilt worden.

Entscheidungsgründe.

Von den der Klage entgegengesetzten drei Exceptionalmomenten:

1) daß der Klägern von den Beklagten zugestellte Auslieferungsschein nicht spätestens am 30. April dem darin genannten Assignaten, Winding, präsentirt worden sei;
2) daß die Kläger nicht rechtzeitig, ja überhaupt nicht, für Schiffsraum zum Zwecke der Verladung der Gerste gesorgt haben;
3) daß nach dem zwischen den Klägern und Winding bestehenden Rechtsverhältnisse es auf Seiten der Ersteren gar nicht auf Erlangung von Gerste abgesehen gewesen sei, und außerdem dieselben, den Beklagten gegenüber, den Auslieferungsschein jedenfalls deshalb als erfüllt gelten lassen müßten, weil Winding zufolge des zwischen demselben und ihnen Vorgekommenen der Lieferungsverbindlichkeit gegen sie enthoben gewesen sei;

kam es in jetziger Instanz nur auf das dritte an, da die ersten beiden durch in dieser Beziehung gleichförmige Entscheidungen der früheren Richter für unbegründet erklärt worden sind.

Anlangend das hiernach in gegenwärtiger Instanz allein in Betracht zu ziehende dritte Moment, so stützen sich die Beklagten

a) im Allgemeinen darauf, daß sie durch das vermittelnde Dazwischentreten von Werckmeister & Gentz die fragliche Partie Gerste materiell für Winding verkauft, die Kläger aber für denselben Winding die Waare gekauft haben. — Daß sich dies factisch so verhalten habe, ist als unstreitig anzusehen. Das Contrahiren resp. mittelbar und unmittelbar im Auftrage Winding's geht nämlich aus den übereinstimmenden Angaben beider Theile hervor, und wenn die Kläger in Betreff ihrer Wissenschaft des Verkauftwerdens für Winding verschiedentlich sich dahin geäußert haben, sie hätten diesen Umstand nur vermuthet, so ist auf diese beschränkende Erklärung kein Gewicht zu legen. Denn sie haben im Uebrigen selbst angegeben, schon vor dem Empfange des Auslieferungsscheines angenommen zu haben, daß das Geschäft auf Seiten der Verkäufer von Winding herrühre, und sie, die Kläger, auch in diesem Sinne sich gegen Winding geäußert hätten. Jedenfalls wurden sie hierüber durch Empfang des auf Winding lautenden Auslieferungsscheins außer Zweifel gesetzt.

Allein auf die vorgedachten Umstände des Verkaufens und Kaufens für Winding und der Kunde hievon auf der einen und anderen Seite kommt rechtlich Nichts an. Beide Parteien contrahirten mit einander im eigenen Namen, und die Thatsache, daß sie (die Beklagten übrigens nur mittelbar) das Interesse eines Anderen (Winding) materiell vertraten, war eine für den Inhalt und die Rechtsfolgen des Contracts gleichgültige. Es ereignet sich nicht selten im Verkehr, daß Jemand als Commissionair im Auftrage und Interesse eines Dritten (des Committenten) contrahirt und dies dem andern Contrahenten bekannt ist, ohne daß hiedurch irgend welche Veränderungen in der Wirkung des Contractes herbeigeführt werden.

O.-A.-Ger. Erkenntniß in S. Ringel & Co. c. Engel Söhne April 1855, Ullberg & Cramer c. Heinemann Januar 1857.

Hiernach wären im vorliegenden Falle die Beklagten (die Verkäufer) gar nicht verpflichtet gewesen, den Klägern einen gerade auf Winding lautenden Auslieferungsschein zuzustellen; sie hätten im Gegentheile in Betreff der Art ihrer Contracts-Ausführung völlig freie Hand gehabt, also beliebig andere Waare, als diejenige, welche sie sich von Werckmeister & Gentz, und dadurch mittelbar von Winding, gesichert hatten, den Klägern liefern lassen können. Und, dem entsprechend, stand ihnen auch kein Recht darauf zu, in Beziehung auf denjenigen, durch welchen sie die Lieferung beschaffen lassen wollten, das erwähnte besondere vertragsmäßig Verhältniß für sich geltend zu machen, welches zwischen den Klägern und Winding bestand. Dieses letztere war nichts weiter, als ein in Betreff der Beklagten irrelevantes Motiv für die Kläger zum Abschlusse des Contractes, und hätten hiernach die Ersteren z. B. kein Widerspruchsrecht dagegen gehabt, wenn die Kläger der Waare beliebig eine andere Bestimmung, als für Winding, gegeben, etwa dieselbe wiederum an der Hamburger Börse verkauft hätten, mogte dies auch gegen Winding's Willen geschehen sein und einen Contractsbruch gegen ihn enthalten haben.

Grundlos ist es ferner

b) wenn die Beklagten das zwischen ihnen und den Klägern abgeschlossene Kaufgeschäft einen „Rückkauf" nennen. Ein Rückkauf hätte einen wesentlich verschiedenen Inhalt von demjenigen des Contractes gehabt, welcher hier vorliegt. Er hätte unter Concurrenz von Werckmeister &

Gentz geschlossen sein und Wiederaufhebung des Contractes zwischen den Beklagten und diesen zur Folge haben müssen. Hier bestanden dagegen die Rechte und Verbindlichkeiten der Beklagten aus dem mit Werckmeister & Gentz (den Beauftragten des Winding) eingegangenen Geschäfte fort, und der zwischen den gegenwärtigen Parteien geschlossene Contract war und blieb ein völlig selbstständiger, welchem die Befreiung des Winding von der Lieferungspflicht, wie schon oben bemerkt worden ist, nur als Motiv gedient hatte. — Wenn die Beklagten hierbei von einer Identität des Objectes des einen und anderen Kaufhandels reden, so kann ihnen auch darin nicht zugestimmt werden. Schon deshalb nicht, weil in beiden Geschäften über ein genus contrahirt worden ist; sodann aber, weil, wie schon gezeigt, die Beklagten freie Hand darin hatten, in welcher Weise sie den Contract erfüllen wollten. — Es bedarf hiernach keines Eingehens darauf, ob, falls Identität der Contractsobjecte anzunehmen sein sollte, hieraus überhaupt rechtliche Folgerungen zu Gunsten der Beklagten abgeleitet werden könnten.

Es kommt hiernach

c) für die Beurtheilung der beklagtischen Principal- und der — da die Beklagten das gesammte Obergerichts-Erkenntniß angefochten haben, unzweifelhaft zulässigen — klägerischen Adhäsiv-Beschwerde darauf an, ob an dem Ergebnisse des Bisherigen dadurch etwas geändert wird, daß die Beklagten den Klägern eine auf Winding lautende Anweisung — den Auslieferungsschein — übergeben und die Letzteren dieselbe angenommen haben.

Auch bei diesem Punkte war indessen zu Gunsten der Kläger zu sprechen und folgeweise ihrer Adhäsiv-Beschwerde gemäß, der den Beklagten vom Obergerichte nachgelassene Beweis in Wegfall zu bringen.

Es kommt hier auf die rechtliche Natur des vorliegenden Anweisungs-Actes an. Die demselben von den Beklagten beigelegte Wirkung, daß die Kläger nach Annahme der Anweisung ihre Befriedigung bei Winding hätten suchen müssen, und zwar, daß hiebei Alles, was den Winding von seiner Lieferungs-Verbindlichkeit, selbst gegen den Willen der Kläger, zu befreien geeignet war, die Beklagten in deren Verhältniß zu den Klägern entlasten müsse, würde dann, aber auch nur dann, anzunehmen sein, wenn in der Anweisung ein Cessions- oder gar Delegations-Geschäft gelegen hätte. Unter dieser Voraussetzung würde allerdings die vorbemerkte Folge eingetreten sein. Denn wären die Kläger in diesem Falle gegen Winding mit dem ihnen zu ihrer Befriedigung angewiesenen Anspruche auf Lieferung aufgetreten, so hätte Alles, was der wirklichen Leistung von Seiten Winding's gleich kam, auch die Beklagten von ihrer Verbindlichkeit, als Verkäufer, den Klägern gegenüber, entlastet, mogte nun, wie das Obergericht sich von diesem Standpunkte aus richtig ausdrückt, Winding vermöge speciellen Einverständnisses, oder nach Maßgabe der zwischen ihm und den Klägern überhaupt bestehenden Verhältnisse der Verpflichtung zur Lieferung der fraglichen Gerste enthoben worden sein. Auch würde dann die Frage, welche dem zwischen den Klägern und Winding bestehenden Mandats-Verhältnisse entnommen worden ist, ob Winding verpflichtet gewesen sei, vor Verfall für dieses Geschäft den Klägern Rimessen zu machen, nicht etwa, wie die Kläger wollen, nur zwischen diesen beiden, sondern auch für das im Streit befangene Verhältniß der Contrahenten selbst Relevanz gehabt haben.

Nun kann aber im vorliegenden Falle der fraglichen Anweisung die vorhin angegebene, über die Grenze der gewöhnlichen Assignation hinausreichende Wirksamkeit nicht beigelegt werden. Denn weder der Inhalt der Anweisung noch etwanige, von den Beklagten behauptete Nebenberedungen führen auf ein solches Ergebniß hin; man kann vielmehr nach dem, was aus den Acten sich ergiebt, nichts Anderes annehmen, als daß das Verhältniß nur eine einfache Zahlungs-, Lieferungs- oder Leistungs-Anweisung gewesen ist. War also das der Fall, so wird hier der Grundsatz entscheidend, daß Anweisung der Zahlung an Wirksamkeit nicht gleich steht. Demnach bleibt im vorliegenden Falle das Verhältniß zwischen dem Assignanten und Assignaten (den Verkäufern und Käufern) völlig unberührt von denjenigen allgemeinen oder speciellen Contractsbeziehungen, welche zwischen den Assignataren und dem Assignaten Statt gefunden haben mögen und in Folge davon die Assignatare, wenn sie als selbstständig berechtigte Cessionare gegen den Assignaten aufgetreten wären, von diesem hätten zurückgewiesen werden können.

Dies führt hier zur Wiederherstellung des condemnatorischen Erkenntnisses des Handelsgerichts.

Bei dem Ungrunde der beklagtischen, und dem Grunde der klägerischen Beschwerdeführung war über die Kosten so, wie geschehen, zu sprechen.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meissner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 26. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 28. Juni. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Beinhauer c. Zipperling.— Piehl & Schulenburg c. Böhme. — Direktion der Hamb.-Amerik. Packetschiff-Gesellschaft c. Berenberg Gosler & Co. — Obergericht: Dr. Schröder c. Curat. bon. Knop und c. Spiegelberg. — Koppel c. Samson & Beer. — Prätturen: Gebr. Müller c. Kern & Co.

Handelsgericht.

No. 49.

Erste Kammer. Audienz vom 12. Juni 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Nutzenbecher.

Charles Beinhauer (Dr. Malm) gegen A. F Zipperling als früheren Theilhaber der Firma Müller & Keßler (Dr. Noack).

Im Jahre 1858 hatte der Kläger als Gläubiger der früheren Firma Müller & Keßler mit dieser einen Accord geschlossen, in welchem Müller & Keßler außer einer geleisteten Abschlagszahlung die Verbindlichkeit übernahmen, „wenn ihre Verhältnisse es gestatteten“ dem Kläger nach zwei Jahren Bco℔ 2000, nach drei Jahren Bco℔ 2000 und nach vier Jahren Bco℔ 2500 nachzubezahlen. Im Jahre 1860 hat auf Grund dieses Accords der Kläger Müller & Keßler in Anspruch genommen, und wurde dem Ersteren durch Erkenntniß vom 9. Juni 1860 der Beweis auferlegt, „daß die Verhältnisse der Beklagten der Art seien, daß dieselben dem Kläger die libellirten Bco℔ 2000 oder doch wie viel weniger zu zahlen vermöchten.“ Jenes Erkenntniß führte aus, daß, „da die Verpflichtung der Beklagten nur eine conditionelle sei, Kläger den Eintritt der Condition als Klagegrund zu erweisen habe.“ Nachdem der Kläger zur Zeit diesen Beweis durch Eideszuschiebung an alle Theilhaber der Firma Müller & Keßler angetreten und diese den entsprechenden Eid geleistet hatten, wurde Kläger jener Zeit unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen. Jetzt klagt derselbe auf's Neue gegen den Beklagten als Theilhaber der mehrerwähnten Firma auf Bezahlung der beiden ersten Raten der versprochenen Nachzahlung von je Bco℔ 2000, indem er behauptet, daß die Verhältnisse des Beklagten sich jetzt gebessert hätten.

Beklagter wendet ein: Abgesehen zunächst davon, daß in den jetzt vom Kläger geforderten Bco℔ 4000 auch die Bco℔ 2000 lägen, mit welchen Kläger bereits in dem früheren Processe abgewiesen worden, sei eine Klage wie die vorliegende jedenfalls nur dann zulässig, wenn Kläger die gehörig substantiirte Behauptung aufzustellen vermocht hätte, daß die Verhältnisse des Beklagten sich jetzt dergestalt geändert, daß Beklagter nunmehr den eingeklagten Betrag zu bezahlen im Stande sei. Ohne jeglichen Anhaltspunkt für eine derartige positive Behauptung aber habe die hier angestellte Klage den Anstrich einer Chicane und sei ohne Weiteres abzuweisen, da es dem Kläger nicht zugestanden werden könnte, nach einmal erfolgter Abweisung ohne neuen Grund den Beklagten in jedem Augenblicke von Neuem

zu behelligen, nachdem derselbe vor kaum einem Jahre sein Unvermögen zu einer Nachzahlung eidlich erhärtet habe.

Kläger entgegnet: Er sei überzeugt, daß wenn auch nicht der früher ebenfalls in Anspruch genommenen Keßler, so doch jedenfalls der jetzt in Anspruch genommene Inhaber der ehemaligen Firma augenblicklich zur Bezahlung des libellirten Betrages oder doch eines Theiles im Stande sein werde. Einer Angabe neuer Thatsachen, durch welche diese Verbesserung der beklagtischen Verhältnisse herbeigeführt worden, bedürfe es keineswegs, es stehe ihm selbstverständlich frei, in jedem Augenblicke von Neuem den Beweis der beklagtischen Zahlungsfähigkeit zu versuchen.

Erkannt:

da der Umstand, daß der Beklagte und sein Associe Keßler in Folge der gegen deren Firma Müller & Keßler früher von dem Kläger erhobenen Klage ein Jahr vor Erhebung der jetzigen Klage einen Eid geleistet haben, nach welchem sie sich damals außer Stand befanden, dem Kläger eine Nachzahlung zu leisten, der jetzigen Klage offenbar nicht entgegensteht,

da auch irgend welche Umstände nicht vorliegen, welche die Vermuthung gerechtfertigt erscheinen lassen könnten, daß die jetzige Klage lediglich aus Chicane erhoben worden sei, und somit, auch wenn Beklagter die Ableistung eines Calumnien-Eides beantragt hätte, doch keinenfalls im jetzigen Stadium des Processes auf diesen Antrag einzugehen gewesen wäre,

da sodann für die Begründung der Klage es nur darauf ankommen kann, ob der Beklagte jetzt zu einer Nachzahlung im Stande sei, nicht aber darauf, welche Umstände es verursacht haben, daß der Beklagte sich jetzt in einer günstigeren Lage als früher befinde,

da ferner Beklagter einen Grund nicht angeführt hat, aus dem er es ablehnen könnte, für die von seiner Firma übernommene Verpflichtung in solidum in Anspruch genommen zu werden,

da hiernach dem Kläger der Beweis, daß der Beklagte jetzt zu einer Nachzahlung im Stande sei, nicht abgeschnitten werden kann, hinsichtlich der Frage aber, unter welchen Voraussetzungen diese Thatsache als erwiesen anzunehmen sein würde, es genügend erscheinen muß, die Parteien auf die Entscheidungsgründe zu den in der früheren Sache am 9. Juni und 6. Octbr. 1860 abgegebenen Erkenntnissen zu verweisen:

daß Kläger — dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — innerhalb acht Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Strafe des Beweisverlustes den Beweis anzutreten habe:

daß die Verhältnisse des Beklagten jetzt der Art seien, daß derselbe die eingeklagten Bco℔ 2000 und Bco℔ 2000 (oder doch wie viel weniger) dem Kläger zu zahlen vermöge.

Worauf sodann weiter was Rechtens erkannt werden soll.

No. 50.

Erste Kammer. Audienz vom 19. Juni 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Mutzenbecher.

Die Direction der Hamburg-Amerikanischen Packetschiffahrts-Actien-Gesellschaft (Dres. Schröder und Cropp) gegen Joh. Berenberg Goßler & Co. (Dr. des Arts).

Das der klägerischen Gesellschaft gehörende Dampfschiff „Bavaria", Capt. Meier, hat auf einer seiner Reisen eine Ansegelung mit dem englischen Schiffe „Ellen" gehabt, bei der die „Bavaria" selbst nur einen unbedeutenden Schaden erlitt. Wegen der Ansegelung wurden hier keine Ansprüche gegen die Compagnie erhoben, dagegen stellte sich dieselbe wegen sonst zu befürchtender Arrestanlegung gegen ihre Schiffe freiwillig in England der Klage des angesegelten Schiffes. Die Sache wurde von dem competenten englischen Admiralitäts-Gericht ganz nach englischem Recht behandelt und wegen Verschuldens des Capitains die Bavaria zum Ersatz des Schadens der Ellen verurtheilt, so daß dieselbe den ganzen beiderseitigen Schaden zu tragen hatte. — Der Dispacheur hat bei der von ihm aufgemachten ersten Dispache auf Grund des hiesigen Rech-

tes (Assecuranz- und Havarei-Ordnung Tit. 8 Art. 1*) die Hälfte des Gesammtschadens in Havarie grosse aufgenommen; die Klägerin, damit nicht zufrieden, veranlaßte die Aufmachung einer zweiten salvo jure Dispache, in welcher der Gesammtschade als Havarie grosse berechnet wurde und welcher zufolge die Beklagten einen Beitrag von Bco.-ℳ 565. 2 ß zu leisten haben würden. — Diesen Betrag nun fordert die klägerische Gesellschaft von den Beklagten.

Die Beklagten entgegnen: Für die Regulirung der Havarie grosse zwischen Schiff und Ladung sei das hiesige Recht als das des Bestimmungsortes maaßgebend, nicht der nach abweichendem englischen Rechte gefällte Richterspruch. Nach hiesigem Rechte nun (Assec.- u. Hav.-Ordn. Tit. 8 Art. 1) habe im Falle von Ansegelung jedes Schiff die Hälfte des Gesammtschadens zu tragen, mithin könne nur diese eine Hälfte Aufnahme in die Havarie grosse-Dispache finden, wie dies auch in der ersten Dispache geschehen. Die Klägerin stütze sich auf den nach englischem Rechte gefällten Richterspruch, nehme nichtsdestoweniger das hiesige Recht in Anspruch, wolle es aber nur gelten lassen, so weit es ihm convenire (nämlich rücksichtlich der Behandlung des Schadens als Havarie grosse, während derselbe nach englischem Rechte in Havarie particulière fallen würde), wo es ihr dagegen nachtheilig sei (hinsichtlich der Halbirung des Schadens), da berufe sie sich wieder auf den in England gefällten Richterspruch. Das sei nicht statthaft, und deshalb die Klage, sofern Aufnahme des ganzen Schadens in die Dispache verlangt werde, abzuweisen.

Die Klägerin replicirt: In Betreff der Bestimmungen des Hamburgischen Rechts seien zwei Punkte streng von einander zu sondern: 1) Das Verhältniß der beiden in Collision gerathenen Schiffe mit Fracht und Ladung zu einander; 2) das rein innere Verhältniß von Schiff, Fracht und Ladung zu einander innerhalb der beiden vorbezeichneten Rechtsgemeinschaften. Der Titel 8. cit. enthalte danach die beiden völlig von einander zu trennenden Sätze: 1) Jeder (nicht doloser Weise) verursachte Ansegelungsschade ist von jedem der beiden collidirenden Schiffe zur Hälfte zu tragen; 2) der das einzelne Schiff in Folge der Ansegelung treffende Schade wird in Havarie grosse über dieses Schiff, seine Fracht und Ladung berechnet. Somit sei der ganze von der klägerischen Compagnie an das Schiff Ellen gezahlte Betrag in Havarie grosse zu vergüten. Man könne auch nicht entgegnen, daß die Verurtheilung der Bavaria in den ganzen statt in den halben Schaden nicht eine Folge der Ansegelung, sondern ein Schade sei, der dieselbe durch den Machtspruch des englischen Gerichts getroffen habe und demnach von ihr zu tragen sei. Denn wenn auch dadurch, daß das englische Gericht entschieden habe, der Schaden größer geworden sei, so höre er damit doch nicht auf, ein Ansegelungsschade zu sein. Man habe eben das Unglück gehabt, gerade ein englisches Schiff anzusegeln, das bei seinen Behörden diesen erweiterten Schutz finde, ebenso wie es ein Unglück gewesen wäre, wenn man gerade ein besonders kostbares oder ein besonders leicht gebautes Schiff angesegelt hätte. Der Charakter als Ansegelungsschade werde dadurch nicht aufgehoben.

Erkannt:

Da die Vorschriften des Titel 8. der Assecuranz- und Havarie-Ordnung allerdings die Auffassung zulassen, daß die Beschädigung, welche ein Schiff durch einen Zusammenstoß mit einem andern Schiff erlitten hat, alsdann nicht nur zur Hälfte, sondern vollständig als Havarie grosse über das beschädigte Schiff, dessen Fracht und Ladung zu vertheilen sei, wenn dieses Schiff nicht etwa vorsätzlich diesen Zusammenstoß herbeigeführt haben sollte, und wenn zugleich der Schiffer wie

---

*) Dieser Artikel lautet:
„Würde ein Schiff in der See, auf der Rhede, oder in einem Hafen, in oder außer Landes, bei Tag oder Nacht, gutem oder bösem Wetter, von einem andern von ungefehr an- oder übersegelt, daß es zerbräche oder gar versänke, oder auch die Schiffe an einander liefen, antrieben oder anstießen, und dadurch den Schiffen und eingeladenen Gütern, durch Werfen oder sonst auf andere Art einiger Schaden widerfahre, so soll der Schade über beide Schiffe, deren Fracht-Gelder und Güter, wie bei anderen communen Havarien berechnet, folglich von einem jeden der Schiffe zur Hälfte getragen werden. Jedoch sind die Rheder und Befrachter des Schiffes, welches behalten geblieben und den wenigsten Schaden gelitten, zu einer mehreren Ersetzung nicht, als soviel ihr Schiff und das darin geladene Gut werth ist, verbunden.“

die Rhederei sich ohne ihre Schuld außer Stande befinden, eine Vergütung für die Beschädigung von dem andern Schiffe zu erlangen;

da denn auch im vorliegenden Fall auf Grund dieser Auslegung der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen die Klägerin beanspruchen könnte, daß die Beschädigung, welche das ihr gehörende Dampfschiff bei dessen Collision mit dem Schiffe Ellen erlitt, ihr nicht nur zur Hälfte, sondern vollständig in Havarie grosse ersetzt werde;

da jedoch die in London erfolgte Verurtheilung der Bavaria zur Zahlung des Schadens, welche die Ellen ihrerseits bei dem Zusammenstoß erlitt, in dem Verhältniß der Bavaria zu ihren Ladungs-Interessenten auch nach der eigenen Darstellung der Klägerin nicht als eine Folge der Ansegelung, sondern lediglich als eine Folge des Umstandes anzusehen ist, daß die Klägerin es in ihrem Interesse gehalten hat, hinsichtlich der Frage, ob und zu welchem Betrage sie einen Schaden der Ellen in Folge des Zusammenstoßes zu ersetzen habe, sich den englischen Gerichten und den dortigen Gesetzen zu unterwerfen;

da hiernach die Klägerin hinsichtlich des von ihr der Ellen vergüteten Schadens nichts weiter verlangen kann, als daß die Ladungs-Interessenten nicht besser gestellt werden, als wenn das Verhältniß der Ellen zu der Bavaria nach hiesigem Recht regulirt worden wäre;

da nun aber, wenn Klägerin dieses Verlangen stellt, offenbar auch die Ladungs-Interessenten der Bavaria beanspruchen können, daß Klägerin auch das ihnen in Rechnung bringt, was, wenn das Verhältniß zwischen beiden Schiffen nach hiesigem Rechte beurtheilt worden wäre, die Ellen der Bavaria zu ersetzen gehabt hätte, so daß die Klägerin, wenn sie auch sonst berechtigt sein würde, den ganzen ihrem Schiff durch den Zusammenstoß zugefügten Schaden in Havarie grosse ersetzt zu verlangen, doch dann nur die Hälfte dieses Schadens den Ladungs-Interessenten in Rechnung bringen kann, wenn sie zugleich auch die Hälfte des von ihr der Ellen vergüteten Schadens beanspruchen will;

da demnach die Klägerin weitere Rechte gegen die Ladungsempfänger der Bavaria nicht geltend machen kann, als die erste vom Dispacheur aufgemachte, vom 1. Novbr. v. J. datirte, Dispache ihr einräumt:

daß Klägerin mit der auf Grund der vom 13. December v. J. datirten Dispache erhobenen Klage abzuweisen, die Proceßkosten jedoch zu compensiren.

No. 51.

Zweite Kammer. Audienz vom 14. Juni 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Abegg und Schenck.

Piehl & Schulenburg (Dr. Brandis) gegen J. N. C. Böhme (Dr. Lauenstein).

Die Kläger verlangen Bezahlung von Bco℔ 129. 14 ß für ein Legel Arrac, welches der Beklagte gekauft und empfangen habe, laut Schlußnote und Rechnung (Anl. 1 u. 2).

Der Beklagte wendet ein: Er habe den Arrac allerdings gekauft; der weitere Sachverhalt sei aber folgender. Von den Klägern zum Empfang aufgefordert, habe er seine Leute nach dem klägerischen Speicher hingeschickt, wo denselben das Stück, eine Treppe hoch lagernd, von den Leuten der Kläger vorzeigt sei. Das Stück sei sodann von seinen Leuten in der Speicherwinde befestigt worden, um es auf den Hofplatz, wo ein Wagen zur Abnahme bereit stand, hinabzulassen. In dem Augenblicke aber, wo das Stück in der Luft schwebte, sei die klägerische Winde gerissen, das Stück in Folge dessen hinuntergestürzt und natürlich vollständig zertrümmert, so daß der Arrac auslief. Er könne nun zur Bezahlung nicht verpflichtet sein, da die Waare zu Grunde gegangen sei, ehe sie empfangen worden; der Empfang würde nämlich erst dann beendigt gewesen sein, wenn das Stück unten auf dem Wagen angelangt und aus der klägerischen Winde losgemacht gewesen wäre. Falls aber der Empfang dennoch als stattgefunden angesehen werden sollte, seien die Kläger ihm jedenfalls compensando, eventuell reconveniendo, für den klagend geforderten Werth des Stückes zum Schadensersatz ver-

pflichtet. Die Winde sei nämlich in Folge ihres morschen Zustandes gerissen; und da die Kläger ihm für die Haltbarkeit ihrer zur Abnahme der Waare unentbehrlichen Winde aufkommen müßten, so sei das Zerreissen derselben und der dadurch bewirkte Untergang des Stückes als durch ihre Schuld herbeigeführt anzusehen und von ihnen zu prästiren.

Die Kläger entgegnen: Der Empfang sei vollständig beendigt gewesen, da die Rope beendigt war und die Leute des Beklagten das Stück entgegengenommen und in die Winde gebracht hätten. Uebrigens komme es auf den Empfang gar nicht an, da jedenfalls nach Art. 13. P. II. T. 18 die Gefahr auf den Beklagten übergegangen war. Was den Unfall anbetreffe, so seien sie nur Miether des Speichers und hätten für eine etwaige Morschheit der Winde nicht sie, sondern der Eigenthümer des Speichers aufzukommen (cfr. zwei Erkenntnisse im Archiv für das Handelsrecht, I. S. 475). Sie offerirten deshalb jura cessa gegen diesen Eigenthümer; mehr könne der Beklagte nicht verlangen.

Erkannt:

da sich aus den beiderseitigen Vorträgen ergiebt, daß das fragliche Gebinde Arrac, nachdem es von den beklagtischen Arbeitern auf dem Boden der Kläger entgegengenommen, also empfangen war, verloren ging und zwar dadurch, daß das Windentau, an welchem es behufs Absetzung auf das vor dem klägerischen Speicher stehende Fuhrwerk befestigt worden war, brach;

da es nun im Handelsverkehre eine unzweifelhafte Pflicht des Verkäufers ist, dem Empfänger einer Waare Winde und Tau in geeignetem fehlerfreiem Zustande zu liefern, damit derselbe die empfangene Waare abnehmen, also in sein Gewahrsam bringen könne;

da somit ein Verlust an der Waare durch Brechen der Winde oder des Taues den Verkäufer dem Käufer gegenüber zum Schadensersatze verpflichtet, es sei denn, daß der Verkäufer nachweisen wollte und könnte, daß er Winde und Tau seiner Obliegenheit gemäß geliefert habe und daß der Unfall durch Schuld der Arbeiter des Käufers herbeigeführt worden sei;

da ferner der Schaden des Käufers, falls die Waare, wie im vorliegenden Falle, total verloren gegangen ist, bevor sie bezahlt war, abgesehen von einer seit Abschluß des Handels etwa stattgefundenen Werthveränderung, völlig dem Kaufpreise gleichkommt und somit in solchem Falle die Klage des Verkäufers auf Bezahlung des Kaufpreises durch die Schadensersatzforderung des Käufers compensirt wird;

da endlich die Kläger nicht berechtigt sind, dem Beklagten jura cessa gegen eine dritte Person, welche ihnen für den entstandenen Schaden aus einem Miethvertrage verhaftet sein möchte, aufzunöthigen:

daß Kläger auf Grund der beklagtischerseits compensando geltend gemachten Schadensansprüche mit ihrer erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Kosten abzuweisen, sie wollten und könnten denn — was sie sodann, Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, bei Verlust der Beweisführung innerhalb acht Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses zu thun schuldig — den Beweis antreten:

daß sie das Tau in geeignetem fehlerfreiem Zustande dem Beklagten, respective dessen Leuten zur Benutzung gestellt und daß der Unfall durch die Schuld der Arbeiter des Beklagten herbeigeführt worden sei.

Würde dieser Beweis von den Klägern erbracht werden, so soll anders und den Rechten gemäß erkannt werden.

Obergericht.

No. 25.

In Sachen Dris. Schröder m. n. der York Flax Spinning Company gegen Ludwig Knop & Co. modo Curat. bon. derselben und letztere gegen Spiegelberg (cf. No. 11 der „Gerichts-Zeitung.“ Handelsgericht No. 21) hat das Obergericht am 20. Juni erkannt:

da für die Zurückverweisung der Klage insoweit dieselbe aus dem Mandats-Verhältnisse zu begrün-

den versucht worden, jedenfalls der Umstand entscheidend ist, daß sowohl der erste, mittels Schreibens der Litisdenunciaten vom 24. April 1861 dem Beklagten ertheilte Auftrag, die beiden Ballen auf gutes Lager zu nehmen, als auch die späteren dahin modificirten Aufträge vom 25. und 29. April dieselben an die Herren Berenberg, Goßler & Co. auszuliefern, doch immer zunächst auf den Erwerb des Eigenthums der Waare für die Litisdenunciaten gerichtet waren, somit zu dem Zeitpunkte als das dem Beklagten von den klägerischen Mandanten mittels Schreibens vom 20. April ertheilte Mandat von Seiten der letzteren widerrufen wurde, nicht mehr res integra war, die Frage aber ob der Beklagte die beiden Ballen, anstatt dieselben an Berenberg, Goßler & Co. auszuliefern, retiniren durfte, lediglich zwischen diesem und den Litisdenunciaten auszumachen ist,

da, wenn solchem nach der Beklagte das Eigenthum an den beiden Ballen, welche die klägerischen Mandanten, wie das Erkenntniß a quo mit Recht hervorhebt, offenbar animo tradendi eingesandt haben, für die Litisdenunciaten erworben hatte, nicht allein die Vindication, sondern auch das Verfolgungsrecht aus dem Artikel 25 der N. F.-O. für ausgeschlossen zu erachten ist, indem es bei einem Eigenthums-Erwerbe per mandatarium genügen muß, wenn die Waare in des mandatarii wirklichen Gewahrsam übergegangen ist;

da auch nach den, von den Litisdenunciaten getroffenen Verfügungen über die Waare, dieselbe nicht mehr als unterwegs betrachtet werden kann, vielmehr Hamburg als der Ort angesehen werden muß, an welchem die Waare ihre Bestimmung erreicht hatte,

da, wenn darauf die Klage zurückzuweisen ist, die Litisdenunciatische Beschwerde sich von selbst erledigt und es den Litisdenunciaten nunmehr zu überlassen sein wird ihre Rechte an der Waare gegen den Beklagten geltend zu machen,

daß unter Verwerfung der klägerischen Beschwerden, auf Grund der beklagtischen Beschwerde das handelsgerichtliche Erkenntniß vom 5. März dahin zu reformiren, daß die Kläger mit ihrer Klage abzuweisen, die sämmtlichen Proceßkosten jedoch zu compensiren seien.

No. 26.

In Sachen W. Koppel & Co. c. W. Samson & Beer (cf. No. 24 der „Gerichts-Zeitung," Präturen No. 11) hat das Obergericht am 23. Juni das niedergerichtliche Erkenntniß ohne Entscheidungsgründe lediglich bestätigt.

Präturen.

No. 12.

Zweite Prätur. Prätor: Herr Dr. Ullrich.

Gebr. Müller (Dr. Feldmann) gegen Kern & Co. als Bevollmächtigte der Norwich Accident and casuality Assurance. (Dr. Noack.)

Die Kläger verlangen von der beklagtischen Gesellschaft die Auslieferung einer Police über eine nach klägerischer Angabe mit den Beklagten abgeschlossene Versicherung für eine Spiegelscheibe, sowie die Bezahlung von Bco.ℳ 34. als Schadensersatz für einen ihrer Angabe nach in der versicherten Scheibe entstandenen Bruch, indem sie eventuell die Taxirung des Schadens durch Sachverständige beantragen und als Anlage 1 eine von dem beeidigten Makler Hammer ausgestellte Schlußnote vom 4. Novbr. 1861 über den Abschluß der fraglichen Versicherung produciren.

Die Beklagten wenden ein: Die gleichzeitig erhobenen Ansprüche auf Auslieferung der Police, für welche die Prämienzahlungen weder geleistet, noch offerirt worden, und auf Bezahlung eines auf Grund jener Police angeblich zu verlangenden Schadensersatzes enthalten eine unstatthafte Klagen-Cumulation. — Sie müßten sodann den Abschluß der fraglichen Versicherung überall in Abrede stellen; dieselbe sei ihnen in der Person ihres Commis zwar durch den Makler Hammer wiederholt angeboten, aber von ihnen refüsirt worden, weil die Größe der Scheibe ihren Tarif übersteige. — Uebrigens würde selbst bei abgeschlossener Versicherung den Klägern doch nur unter den Voraussetzungen ein Recht aus derselben zustehen können, daß Kläger eine Prämie bezahlt hätten und ihnen die Police ausgehändigt worden. — Eventuell leugneten sie den behaupteten Bruch der Scheibe, namentlich daß derselbe zu-

fällig entstanden sei, sowie die von den Klägern angegebene Höhe des Schadens.

Die Kläger erbieten sich rücksichtlich des Abschlusses der Versicherung, so wie der zufälligen Entstehung des Bruches und der Größe des Schadens zum Beweise. Der Geschäftsgang der Versicherungen bei der beklagtischen Gesellschaft — wie sie dieselben bereits früher in größerer Anzahl abgeschlossen — sei derjenige, daß sie den Beklagten einen sog. Antragbogen mit Angaben über den zu versichernden Gegenstand zustellten, wie sie dieses in dem vorliegenden Falle durch den Makler Hammer gethan, worauf alsdann die Beklagten die Police ausfertigten, indem sie nach dem im Antragbogen gemachten Angaben die Höhe der Prämie bestimmten. Nun hätten die Beklagten auch bei allen früheren Versicherungen die Police erst mehrere Wochen nach Empfang des Antragbogens und Abschluß des Contracts den Klägern zugestellt, stets aber den Anfang der Versicherung vom Tage des Abschlusses des Contracts und der empfangenen Schlußnote datirt, wie Kläger dieses durch Production mehrerer früherer Policen und der entsprechenden Schlußnoten darthun. Unter diesen Umständen müßte auch im vorliegenden Falle die Versicherung vom 4. November, an welchem Tage die Schlußnote ausgestellt, datiren, und könne der Umstand, daß die Prämie noch nicht bezahlt sei, nicht in Betracht kommen, weil die Bezahlung der von den Beklagten erst in der Police bestimmten Prämien auch erst nach dem Empfange der letzteren möglich sei. Eventuell erbieten die Kläger sich zum Beweise, daß der Makler Hammer sich bei Abschluß der Versicherung von den Beklagten die ausdrückliche Zusicherung habe ertheilen lassen, daß das Risico der Scheibe vom 4. November an beginnen solle. — Nach beigebrachter Replik zeigen die Kläger noch an, daß sich der Bruch der fraglichen Scheibe im Laufe des Processes dergestalt vergrößert habe, daß sie nunmehr die Bezahlung der ganzen Scheibe mit Crt.₰ 216. fordern müßten.

Die Beklagten entgegen: Der Makler Hammer hätte ihnen zwar den in Rede stehenden Antragbogen gebracht, sie hätten denselben jedoch zurückgewiesen, auch keine Schlußnote angenommen, da sie rücksichtlich der vorliegenden ihren Tarif übersteigenden Versicherung erst bei der Direction der Gesellschaft hätten anfragen müssen, diese aber sich zum Abschlusse der in Frage stehenden Versicherung nicht geneigt erklärt hätte. Hätten die Kläger geglaubt, ein Recht auf Abschluß der Versicherung zu haben, so hätten sie sofort auf Auslieferung der Police klagen sollen, da Kläger aber fünf Monate mit der Geltendmachung ihrer desfallsigen Ansprüche gewartet, so hätten sie es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie den etwa inzwischen entstandenen Schaden unter allen Umständen tragen müßten, denn es mußte ihnen bekannt sein, daß die Versicherung keinenfalls vor erfolgter Prämienzahlung in Kraft trete. Unter keinen Umständen könnten die Kläger die Bezahlung der Scheibe, sondern nur deren Restituirung in natura fordern, wie die Beklagten dieses durch Production des Formulars einer Police der in Frage stehenden Art darthun. Auf die Vergrößerung des libellirten Betrages wollen die Beklagten sich post exceptiones überall nicht mehr einlassen.

Erkannt:

Da die Beklagten, ausweise des von ihnen producirten Exemplars, im Besitze der von Seiten der englischen Directoren der Norwich and London Accident and Casuality Insurance-Association in blanco unterzeichneten Policen sich befinden und demnach in der Lage waren, auf den Fall, daß die in dem Antragebogen über die zu versichernde Scheibe ihnen gemachten Angaben sich bestätigten, sofort nach Abschluß der Versicherung die Police den Klägern zuzustellen,

da die Beklagten, aber wie dies aus dem Stempel der von ihnen anderweitig mit den Klägern geschlossenen Versicherungen — cf. No. 103 der Stempel-Ordnung — in Verbindung mit den Aufgabescheinen des Maklers Hammer hervorgeht, die Policen selbst erst nach vielen Wochen der Annahme der Versicherungen zuzustellen pflegten, als Tag des Beginnens des Risicos aber von ihnen — wie dies auch in der Natur der Sache und des Betriebes des Assecuranzgeschäftes an der hiesigen Börse liegt — der Tag angesehen wurde, an welchem sie ihren Willen die Versicherung zu übernehmen dem Makler erklärten;

da die Ertheilung von Schlußnoten Seitens des Maklers im Assecuranzgeschäfte wenig gebräuchlich ist, auch unter den Parteien nicht herkömmlich war, indem nämlich die den replicando producirten Policen annectirten Maklerbescheinigungen nicht sowohl Schlußnoten als vielmehr Aufgabescheine sind und allein hierin auch die Bedeutung des klagend producirten Scheines besteht;

da, wenn demnach die Beklagten bei Entgegennahme des replicando producirten Angabebogens dem Makler Hammer die Erklärung gegeben haben würden, daß sie bereit seien, diese Versicherung zu übernehmen, der Makler ebenso berechtigt war, den Klägern den klagend producirten Aufgabeschein zukommen zu lassen, als diese unter den Eingangs gedachten Voraussetzungen von dem Augenblick dieser Erklärung ab die in Rede stehende Scheibe zu dem in dem Angabebogen angegebenen Werthe versichert halten durften, indem nämlich der Umstand, daß der Prämienbetrag nicht auch verabredet wurde irrelevant erscheint und wie dies toto die namentlich bei an der Börse geschlossenen Feuerversicherungen geschieht in solchem Falle einverstanden ist, daß diejenige Prämie zu gelten habe, welche bona fide zur Zeit des Abschlusses der Versicherung in Betreff des übernommenen Risico's bestand;

da aber die Beklagten, ihre zustimmende Er-

klärung zu der ihnen angetragenen Versicherung vorausgesetzt, gegen die rechtlichen Folgen dieser Erklärung nicht durch die Behauptung sich würde schützen können, daß die Prämie nicht bezahlt sei, indem — wenn die Prämie jedenfalls nicht früher fällig ist als die Police gegeben wird und trotzdem, daß die Beklagten in der factischen Lage sind die Police sofort geben zu können — die Police erst viele Wochen später von ihnen pflegte gegeben zu werden, die Beklagten bei dieser Opposition in dolo verfahren würden,

da die Beklagten zwar angeben, daß sie persönlich mit dem Makler Hammer über die in Rede stehende Versicherung überall nicht conferirt haben, nicht aber behaupten, daß die von ihrem Commis mit welchem ihrer Darstellung nach Hammer conferirte, abgegebene Erklärung für sie nicht verbindlich sein würde;

da zwar nach der duplicarischen Darstellung der Beklagten es zweifelhaft erscheint, ob sie ihre except. Behauptung, daß ihr Commis den Antrag definitiv zurückgewiesen habe, nicht aufgegeben und dafür behauptet haben wollen, daß die Versicherung unter dem Vorbehalt ihrer Genehmigung abseiten der englischen Directoren angenommen worden sei;

da aber diese letztere Behauptung, auch abgesehen davon, daß sie erst duplicando vorgetragen ist — den Beklagten nicht zum Beweise verstellt werden kann, weil sie damit nicht auch die Behauptung verbinden, daß sie den Antrag sofort nach London überschrieben und die ihnen mit dem gewöhnlichen Postenlaufe zugegangene angeblich ablehnende Erklärung der englischen Directoren den Klägern sofort oder überhaupt mitgetheilt haben;

da wenn demnach die Kläger auf den Fall des Gelingens des ihnen obliegenden Beweises des Abschlusses der Versicherung als versichert nach Maaßgabe der in der Police der beklagtischen Gesellschaft enthaltenen Bedingungen anzusehen sein werden, zwar an und für sich den Beklagten darin beizutreten ist, daß die Kläger nach Maaßgabe des § 7 dieser Bedingungen nur alternativ klagen konnten;

da aber die Kläger ihre in dieser Beziehung anfänglich nicht völlig richtig formirte Klage durch die in der Audienz vom 13. Mai d. J. abgegebene Erklärung emendirt haben;

da endlich die Beklagten auf den § 7 der Versicherungsbedingungen exceptiv sich nicht gestützt haben, übrigens aber dieselben, falls Kläger den Abschluß der Versicherung beweisen werden, als morose Schuldner die während des Processes eingetretene accidentelle Erweiterung der ursprünglichen Beschädigung zu verantworten haben würden:

daß Kläger statutarische Caution zur Summe von Crt.℔ 45. in term. s. p. absolut. r. ab inst. zu bestellen und in eod. term. s. p. desert. et cont. vorgängig zu beweisen habe:

I. entweder:

daß die Beklagten oder ein Commis derselben am 4. Novbr. 1861 bei Entgegennahme des in Anl. 2 ad Replicas von den Klägern abschriftlich beigebrachten Antragebogens dem Makler Hammer ihre Zustimmung zu der ihnen angetragenen Versicherung erklärten;

oder cumulative:

1) daß die Beklagten oder ein Commis derselben bei Entgegennahme des vorgedachten Antragebogens dem Makler Hammer ihre Zustimmung zu der ihnen angetragenen Versicherung erklärten und

2) demselben die Zusage ertheilten, daß das von ihnen versicherte Risico vom 4. Nov. 1861 zu laufen beginne;

hiergegen den Beklagten der Gegenbeweis auch namentlich dahin vorbehalten,

daß sie, beziehentlich ihr Commis, die Uebernahme der ihnen angetragenen Versicherung ausdrücklich zurückgewiesen haben.

Für den Fall des Gelingens der klägerischen Beweisführung haben die Kläger sodann i. t. s. p. desert. reprob. salva zu beweisen:

II. daß etwa 14 Tage, nachdem die Beklagten ihre Zustimmung zu der ihnen angetragenen Versicherung erklärt hatten, die in Rede stehende Scheibe dadurch einen kleinen Riß erhielt, daß der Glaser beim Ladenzusetzen mit einem spitzen Eisen gegen die Scheibe fiel.

Uebrigens bleiben den Parteien wegen Ermittelung einer eventuellen Entschädigungssumme Competentien bis nach erbrachtem klägerischen Beweise sub II. reservirt.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 27. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 5. Juli. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Ullmann c. Kern & Co. — Obergericht: Dr. Banks c. Möllenbeck. — Oberappellationsgericht: Dr. Malm c. Sauer.

Handelsgericht.

No. 52.

Erste Kammer. Audienz vom 23. Juni 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Mutzenbecher.

C. Ullmann (Dr. Heinsen) gegen G. Kern & Co., in Vollmacht der Norwich-Union Feuerversicherungs-Gesellschaft in Norwich (Dr. Noack).

Ausweise zweier Policen sind die in dem Geschäftslocal der Firma C. Ullmann lagernden Waaren gegen Feuerschaden bei der beklagtischen Gesellschaft versichert worden. Der Kläger fordert nun von derselben Crt.ℳ 2490. 4 ß, als Betrag des ihm durch einen am 24. April 1861 stattgehabten Brand erwachsenen Schadens, eventuell die Ernennung eines Schiedsmannes, nach Maaßgabe der Policen-Bedingungen.

Die Beklagten entgegnen: Es sei zweifelhaft, ob für die vorliegende Klage, da es sich um eine Feuerversicherung handele, das Handelsgericht competent sei. Es frage sich sodann, wer der eigentlich Versicherte sei. Den Policen zufolge sei dies der Kläger C. Ullmann, in Wirklichkeit aber sei es der Bruder des Klägers, Isidor Ullmann, welcher der alleinige Inhaber der Firma C. Ullmann gewesen und welchem der Kläger nur seinen Namen zur Etablirung eines Geschäftes geliehen habe. Isidor Ullmann nun habe sich durch betrügerische Angaben gegenüber der beklagtischen Gesellschaft jedes Anspruchs auf Schadensersatz verlustig gemacht. Am Morgen nach dem Brande nämlich sei den Beklagten Anzeige von dem Feuer gemacht worden und hätten sie sich alsdann mit Isidor Ullmann hinsichtlich der Taxation des Schadens durch Sachverständige geeinigt, von denen der Schaden auf Crt.ℳ 1159. 8 ß taxirt worden sei. Von einem weiteren Schaden sei gar nicht die Rede gewesen. Nach drei Tagen aber hätten sie plötzlich eine Rechnung erhalten, welche eine Reihe neuer Pöste enthielt und im Ganzen Crt.ℳ 2749. 3 ß betrug. Sie hätten sich geweigert, diese Pöste anzuerkennen. Es sei dann eine polizeiliche Untersuchung eingeleitet worden, aus der sich ergeben habe, daß Isidor Ullmann einen Theil der als verloren angegebenen Waaren am Abend vor dem Feuer habe wegbringen lassen und diese noch vorhanden seien. An der betrügerischen Absicht desselben könne nach Inhalt der Untersuchungs-Acten und der auf Grund derselben abgegebenen Straferkenntnisse nicht gezweifelt werden. Es könne somit von einem Ersatz des Schadens nicht die Rede sein. Daß der Versicherte dem Namen nach C. Ullmann sei, könne nicht in Betracht kommen, da der wirkliche Inhaber des Geschäfts und somit der eigentlich Versicherte Isidor Ullmann sei. Eventuell würde C. Ullmann für die

Handlungen Isidor Ullmann's, dem er die alleinige Führung des Geschäfts überlassen habe, einzustehen haben, und in onnem eventum werde behauptet, daß C. Ullmann von dem Betruge Kenntniß gehabt habe. — Eventualiter stehe der Klage die Einrede der abgemachten Sache entgegen, da sie sich mit J. Ullmann über die Taxation des Schadens durch Sachverständige geeinigt und diese denselben auf Crt.ℳ 1159. 8 ß taxirt hätten. Ferner bestreiten sie, daß die in der späteren Rechnung von C. Ullmann aufgeführten Waaren sich wirklich im Lager befunden hätten; jedenfalls müsse darüber, sowie über den angeblichen Verlust oder die Beschädigung derselben Näheres angegeben werden.

Der Kläger replicirt: Er sei der eigentlich Interessirte bei der in Frage stehenden Versicherung. Wie sich aus den Untersuchungs-Acten ergebe, lauteten die Facturen über die fraglichen versicherten Waaren auf seinen Namen. Er werde wegen Bezahlung derselben belangt und werde bei Fortsetzung dieser Klagen Insolvenz erklären müssen. Er sei Eigenthümer der Waaren geworden und lasse nur mit seinem Eigenthum den Isidor Ullmann ein Geschäft betreiben. Wenn somit ein Betrug von diesem Letzteren versucht sei, — was übrigens civilrechtlich nicht im mindesten feststehe, — so concernire das ihn, als den eigentlich Versicherten, nicht, und wenn ferner behauptet werde, daß er um jenen Versuch des Isidor Ullmann gewußt habe, so ergebe sich das Gegentheil aus den Untersuchungsacten. Die Einrede der abgemachten Sache betreffend, so habe sich die Taxation nur auf die beschädigten, nicht auch auf die verloren gegangenen Sachen bezogen. Wenn endlich der Gegner behaupte, daß außer den taxirten keine weiteren Waaren vorhanden gewesen seien, so ergebe sich das Gegentheil aus den Untersuchungsacten und von ihm producirten Facturen. Uebrigens sei ein etwaiger Streit darüber nach den Policen-Bedingungen durch Sachverständige zu entscheiden.

Erkannt:

Da hier, wo es sich um die Feuerversicherung eines Waarenlagers handelt, in Uebereinstimmung mit der bisher constant beobachteten Praxis, die Competenz dieses Gerichtes als begründet anzusehen ist;

da sodann in der Sache selbst, wie aus den von den Parteien in Bezug genommenen Untersuchungsacten sich ergiebt und auch von dem Obergericht in dem Straferkenntniß vom 28. Mai v. J. angenommen worden — Kläger ein Interesse bei dem Geschäfte nicht hatte, welches unter seinem Namen von seinem Bruder Isidor geführt wurde;

da namentlich auch darüber kein Zweifel obwalten kann, daß durch die Versicherung, welche für das zu diesem Zwecke gehörige Waarenlager bei dem Beklagten ausweise der vom Kläger producirten Policen auf dessen Namen genommen ward, Isidor Ullmann nicht den Kläger, sondern sich selbst versichern wollte, indem nur Isidor Ullmann in No. 12 der Untersuchungsacten sich als derjenige bezeichnet, der in Folge des in dem Lager entstandenen Brandes den Schaden von dem Beklagten einzuziehen habe, sondern auch Kläger selbst in seinen den Untersuchungsacten beiliegenden Eingaben an den Senat sich dahin äußert, daß sein Bruder das demselben gehörige Lager versichert habe;

da nun aber, wenn Isidor Ullmann die Versicherung lediglich in seinem Interesse genommen hat, Kläger daraus, daß die Policen auf seinen Namen ausgestellt wurden, ein Recht, dieselben im eignen Interesse geltend zu machen, nicht herleiten kann;

da es auch in dieser Beziehung als gänzlich irrelevant betrachtet werden muß, ob Kläger für die Schulden, die unter seinem Namen von seinem Bruder contrahirt worden, in Anspruch genommen werden könne, indem die Beantwortung der Frage, ob Kläger die Policen im eigenen Interesse geltend machen könne, doch nur davon abhängen kann, ob die Versicherung im Interesse des Klägers genommen worden, nicht aber davon, ob Kläger ein Interesse daran habe, daß ihm der Schadensersatz ausgezahlt werde;

da hiernach dem Umstande, daß die Policen auf den Namen des Klägers lauten, eine weitere Bedeutung nicht zugeschrieben werden kann, als daß Kläger in Folge dieses Umstandes für legitimirt gehalten werden muß, im Interesse seines Bruders die Schadenssumme einzuziehen;

da demzufolge aber auch Beklagter dem Kläger gegenüber sich darauf berufen können, daß Isidor Ullmann, wie dieses ferner aus den Untersuchungs-

acten hervorgeht und in dem Straferkenntniß ausgesprochen worden, die Schadensrechnung betrüglich übersetzt und dadurch jeden Anspruch auf Ersatz eines Schadens eingebüßt habe;

da das Recht der Beklagten, dem Kläger gegenüber diese Einrede geltend zu machen, um so weniger einem Zweifel unterliegen kann, als Kläger seinen eigenen Angaben nach die Schadenssumme, wenn sie ihm bezahlt würde, seinem Bruder wieder auszukehren hätte, falls dieser selbst im Stande sein sollte, die von ihm unter dem Namen C. Ullmann contrahirten Schulden zu bezahlen, so daß, wenn Isidor Ullmann hierzu im Stande sein sollte, derselbe dadurch, daß er nicht auf seinen Namen, sondern auf denjenigen seines Bruders die Versicherung genommen hat, den Vortheil erlangt haben würde, daß er, ungeachtet des von ihm gegen die Beklagten verursachten Betrugs, die Schadenssumme durch seinen Bruder einziehen und sich von diesem auskehren lassen könnte;

da aber, wenn diese Einrede als begründet zu erachten ist, es eines Eingehens auf die übrigen von den Beklagten vorgeschützten Einreden nicht bedarf:

daß Kläger mit der von ihm erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Proceßkosten abzuweisen.

Obergericht.

No. 27.

In Sachen Dris. Banks m. n. Ullrich Lehmann & Sohn in Langenau gegen A. G. Möllenbeck als Associé der früheren Firma Möllenbek, Uhlmann & Co. in Melbourne (cfr. No. 23 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 43) hat das Obergericht das handelsgerichtliche Erkenntniß am 27. Juni lediglich bestätigt.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 18.

Dr. H. A. Malm m. n. Zellwege & Tabler in Trogen bei St. Gallen gegen J. G. Sauer (Dr. Wolffson).

Im October 1857 hat der Beklagte nach Angabe der Kläger bei dem klägerischen Reisenden Hannah eine Partie Waare ausdrücklich unter den bei früheren Geschäften von den Parteien vereinbarten Bedingungen bestellt, welche letzteren, ausweise eines beklagtischen Schreibens vom 16. Januar 1858 (Anlage 2), auf Veranlassung des Beklagten namentlich dahin gingen, daß die Hamburger Agenten der Kläger, A. F. Meyer & Co., die Ablieferung der Waare an den Beklagten zu besorgen, die Valuta von diesem einzuziehen und dagegen die Tratten der Kläger — denen sie also Del Credere standen — zu honoriren hatten. In Gemäßheit dieser Bestellung sandten die Kläger eine Partie Waaren zum Werthe von Bco℔ 8031. 6 ß mit den Facturen zur Beförderung an den Beklagten ihrem erwähnten Agenten, dieser aber lieferte die Waare dem Beklagten nicht ab und als er bald darauf mit Hinterlassung eines vollkommen leeren von den Erben repudiirten Nachlasses starb, stellte sich nach klägerischer Angabe heraus, daß dieser Meyer seit längerer Zeit ein vollkommenes Schwindelgeschäft betrieben habe. Die klägerischen Waaren sind nach der Behauptung der Kläger sofort bei ihrer Ankunft in Hamburg in die Hände von Burghard & Co. gekommen. Wie die Kläger nun ferner behaupten, habe Beklagter die Natur des Meyer'schen Geschäftes genau gekannt, namentlich habe Meyer beim Beklagten Waaren zum Werthe von Bco℔ 18,000 — unter denen Waaren der Kläger sich befunden — gegen Vorschuß versetzt. Nach den Ausführungen der Kläger soll nun der Beklagte zur Bezahlung der von den Klägern an Meyer gesandten Waaren, obwohl er dieselben nicht empfangen, aus verschiedenen Gründen verpflichtet sein: erstens weil er dieselben beordert; zweitens weil die Kläger mit der Versendung der Waare durchaus dem beklagtischen Auftrage gemäß verfahren; drittens weil der mit den Verhältnissen des Meyer genau bekannte Beklagte in lata culpa versirte, da er es unterließ, in Bezug auf die ihn angehende Bestellung die Kläger zur Vorsicht

aufzufordern; viertens endlich sei Beklagter auch abgesehen von der Bestellung schadenspflichtig, weil er wider besseres Wissen die Kläger in dem Glauben ließ, das zu den ursprünglichen Bedingungen gehörende Del Credere des Meyer sei von irgend welchem Werthe.

Beklagter wendet ein: Wenn er bei früheren Transactionen mit den Klägern gewünscht habe, vorzugsweise mit einem hier am Platze befindlichen Vertreter der auswärtigen Kläger zu unterhandeln, so sei dieses ebenso natürlich, als daß er den Klägern zu diesem Zwecke ihren eigenen Agenten vorgeschlagen habe, welcher selbstverständlich bei jenen Transactionen in keiner Weise zugleich als Mandatar der Beklagten erscheine. So habe auch das von Meyer zu leistende Del Credere eben nur die Bedeutung gehabt, daß Beklagter nicht auf sich trassiren zu lassen, sondern den Preis der empfangenen Waaren hier zu berichtigen wünschte und mit dieser Zahlung an den klägerischen Vertreter seiner Verpflichtungen entledigt sein wollte. Der in Rede stehende Waarenkauf sei nun von ihm keineswegs mit dem klägerischen Reisenden, welcher ihm nur Proben vorgelegt, sondern eben mit dem klägerischen Agenten Meyer abgeschlossen worden; diesen habe er später dann wiederholt nach der Ankunft der Waare gefragt, aber stets die Antwort erhalten, dieselbe sei noch nicht eingetroffen. — Unter diesen Umständen seien sämmtliche Begründungen der Klage hinfällig. Er habe erstens nicht den Klägern, sondern Meyer Auftrag ertheilt und komme es überdies nicht auf den Auftrag allein, sondern auf die Effectuirung desselben an, in welcher Beziehung er das Verfahren des Meyer gewiß nicht zu vertreten habe; durch diese Erwägung erledige sich dann selbstverständlich auch die zweite Begründung der Klage. Die drittens behauptete culpa liege in keiner Weise vor, da er den Klägern gegenüber keine contractliche Verpflichtungen gehabt habe, von einer aquilischen culpa aber nicht die Rede sein könne. Abgesehen übrigens davon, daß Beklagter, wenn er auch dem Meyer zur Zeit Vorschüsse auf Waaren gegeben, doch keine Veranlassung hatte, denselben für unfähig zur Erfüllung seiner ihm, dem Beklagten, unbekannten Verpflichtungen gegen die Kläger zu halten, könne man von ihm auch nicht verlangen, daß er die Kläger vor ihrem Agenten warnen sollte. Damit zerfalle denn auch der vierte Grund der Klage, namentlich in Erwägung, daß das Del Credere des Meyer gegenüber den Klägern zu der Solvenz desselben in gar keiner Beziehung stand, indem dieses Del Credere ja nur in der Uebermittelung der vom Beklagten zu empfangenden Zahlungen bestand. — Einer Klage de dolo würde übrigens der subsidiäre Charakter dieser Klage hier entgegenstehen, indem Kläger zuvor ihre bereits gerichtlich geltend gemachten Ansprüche an Burghard & Co., welchen die fraglichen Waaren zu Händen gekommen, verfolgen müßten.

Das Handelsgericht (Präses: Herr Dr. Versmann; Richter: die Hren. Kämmerer und Hundeiker) erkannte am 13. Septbr. 1860:

Da die Kläger aus dem Schreiben des Beklagten vom 16. Januar 1858 (Anl. 2) allerdings entnehmen mußten, daß der Kläger sich in keine auswärtige Correspondenz einzulassen, sondern die Mittheilungen der Kläger durch Vermittelung von deren hiesigen Agenten Ad. F. Meyer & Co. zu erhalten wünsche;

da indeß die letztgenannte Firma durch die Anlage 2 nicht vom Beklagten zu seinem Mandatar bestellt wurde, vielmehr — wie das aus der vom Beklagten producirten Antwort der Kläger vom 22. Januar 1858 hervorgeht — die Stellung von Ad. F. Meyer & Co. nur so aufgefaßt werden kann, daß dieselben dem Beklagten gegenüber als Vertreter der Kläger erscheinen;

da bei dieser Sachlage der Beklagte selbst dann nicht für den beanspruchten Facturabelauf verantwortlich gemacht werden kann, wenn man auch davon ausgeht, daß derselbe den fraglichen Auftrag dem Meyer und dem Reisenden Hannah für die Kläger ertheilt und dabei auf die früheren Bedingungen hingewiesen habe, was allerdings gerade wegen der Stellung, die Meyer dem Beklagten gegenüber einnahm, sowie wegen der Anlagen 11 und 17 wenigstens im höchsten Grade wahrscheinlich ist;

da vielmehr die Kläger es sind, welche sich an die Masse von Ad. F. Meyer & Co. zu halten haben, nachdem diese der erhaltenen Ordre zuwider die für den Beklagten bestimmten Briefe der Kläger nicht abgegeben und die zu ihrer Verfügung hieher gesandten Waaren, statt dieselben

dem Beklagten zu überliefern, zu ihrem eigenen Nutzen verwandt haben;

da endlich der dritte und vierte Klaggrund schon deshalb nicht durchgreift, weil bei der Stellung, die Ad. F. Meyer & Co. zwischen den Parteien einnahmen, denselben ein eigentlicher Credit gar nicht gewährt wurde, die Kläger auch nicht etwa durch Creditgewährung, sondern durch die geradezu unrechtfertige Handlungsweise ihrer Agenten und Bevollmächtigten in Schaden gekommen sind:

daß m. n. Kläger mit seiner erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Proceßkosten abzuweisen sei.

Auf klägerische Appellation erkannte das Obergericht am 19. October 1860:

da unter der vom Erkenntnisse a quo als höchst wahrscheinlich untergestellten Voraussetzung, daß Beklagter den fraglichen Auftrag dem Meyer und dem Reisenden Hannah für den Kläger ertheilt hat, ein gegen den Beklagten verfolgbarer dolus desselben schon dann vorliegen würde, wenn er auch nur bei dieser jüngsten Bestellung die schlechten Umstände des Meyer kannte, indem Beklagter es gewesen, der den Kläger im Januar 1858 veranlaßt, die zwischen den Parteien vorkommenden Geschäfte in der Weise zu behandeln, daß Kläger dem Ad. F. Meyer Vertrauen zu schenken hatte, nicht allein insofern, als Meyer für Beklagten Del Credere stehen sollte, sondern auch insofern, als Meyer die gegen die klägerischen Sendungen an Beklagten valedirenden Tratten des Klägers zu acceptiren und zur Einlösung dieser Accepte vom Beklagten die Valuta einzuziehen und zu verwenden hatte, sowie insofern, als Kläger — wenn er die beklagtischen Intentionen consequent im Auge behalten wollte — die für den Beklagten bestimmten Sendungen an Meyer abzusenden hatte und dadurch in die wirklich eingetretene Lage gebracht werden konnte, diese Sendungen von Meyer unterschlagen zu sehen, ohne sich mit der Contractsklage an Beklagten halten zu können, indem Beklagter ferner, selbst wenn er im Januar 1858 in gutem Glauben in Betreff der Verhältnisse des Meyer gewesen sein sollte, bei Einleitung des Geschäftes vom October 1859 aber Kenntniß von den schlechten Umständen des Meyer hatte, den Kläger nicht veranlassen durfte, sich jener ihn gefährdenden Thätigkeit des Meyer auch jetzt wieder zu bedienen;

da aber die Actio doli nur subsidiairer Natur ist und mithin jetzt so lange noch die actenkundig gegen die Empfänger der Waare erhobene Klage pendent ist, noch nicht mit derselben verfahren werden kann, so daß es für jetzt nur darauf ankommt, dem Kläger für den Fall der Erfolglosigkeit jener Klage die actio doli gegen den Beklagten, welche ihm vom Erkenntnisse a quo definitiv abgeschnitten worden, unter der zwiefachen Voraussetzung offen zu halten, 1) daß Beklagter den fraglichen Auftrag für Kläger ertheilt habe, 2) daß Beklagter bei Ertheilung dieses Auftrags die schlechten Umstände des Meyer gekannt habe:

daß zwar das Erkenntniß vom 13. Septbr. d. J. a quo, sofern es die sonstigen Klagegründe verwirft, zu bestätigen, in Betreff der ebenfalls verworfenen actio doli aber dahin zu reformiren, daß der Kläger mit derselben nur für jetzt abzuweisen und ihm rücksichtlich derselben für den Fall, daß die gegen H. Burghard & Co. erhobene Klage erfolglos bleiben sollte, alle Gerechtsame gegen Beklagten vorzubehalten. Sämmtliche Proceßkosten sind zu compensiren.

Das Ober-Appellations-Gericht zu Lübeck hat nunmehr auf beklagtische Appellation und klägerische Adhäsion am 28. Mai 1862 erkannt:

daß das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 19. October 1860 zwar im Uebrigen in seinem decisiven Theile zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern sei, daß der Kläger die Proceßkosten erster Instanz allein zu tragen, resp. dem Beklagten zu erstatten habe. Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden compensirt.

Entscheidungsgründe:

— — Was die Sache selbst betrifft, so verlangt

I. der Beklagte mittelst seiner Principalbeschwerde die Wiederherstellung des handelsgerichtlichen, die Klage gänzlich abweisenden Erkenntnisses, während das Obergericht zwar die übrigen Klagegründe ebenfalls verworfen, jedoch die mit erhobene actio

doli nur für jetzt abgewiesen, und den Klägern wegen derselben für den Fall, daß ein anderer von ihnen eingeleiteter Prozeß erfolglos bleiben sollte, alle Gerechtsame gegen den Beklagten vorbehalten hat. — Der aufgestellten Beschwerde konnte jedoch nicht entsprochen werden.

Ueber das in Betracht kommende Sachverhältniß steht soviel fest, daß der Beklagte durch einen Brief vom 16. Januar 1858 den Klägern bei Gelegenheit einer von ihnen ausgeführten Waarenbestellung Aussicht auf fernere Geschäfte eröffnete, dies jedoch an die Bedingung knüpfte: der klägerische Agent Meyer (in Firma Ad. Friedr. Meyer & Co.) solle die Tratten honoriren, die Valuta vom Beklagten einziehen und dann unter Uebernahme des Delcredere alleiniger Schuldner der Kläger sein, auch damit den Wunsch verband, überhaupt alles auf die Geschäfte Bezügliche mit Meyer verhandeln und ordnen zu dürfen; daß ferner die Kläger, welche diesem Vorschlage zugestimmt hatten, im October 1859 sowohl durch ihren Reisenden als durch Meyer benachrichtigt wurden, Beklagter habe die in Klagebeilage 3 verzeichneten Waaren bestellt, daß sie in Folge dessen diese Waaren an einen Spediteur in Hamburg zur Verfügung von Meyer überschickten, daß aber die für den Beklagten ausgestellte Factura nebst Avisbrief in Meyer's Händen zurückblieb und eben so wenig die Waaren selbst an den Beklagten gelangten, indem Meyer dieselben an H. Burghard & Co. überlassen haben soll; daß endlich Meyer kurz nach Ankunft der Waare in Hamburg verstorben ist und sein Nachlaß sich als insolvent herausgestellt hat. Streitig ist dagegen, wie es sich mit der Order des Beklagten verhalten habe, indem dieser die den Klägern darüber zugekommene Nachricht für unrichtig erklärt und behauptet, mit den Klägern überhaupt nicht contrahirt, sondern lediglich bei Meyer eine Bestellung und zwar auf eine weit geringere Quantität gemacht zu haben.

Bei diesem Sachverhalte ist es

1) sehr zweifelhaft, ob die beiden am Schlusse der obergerichtlichen Entscheidungsgründe hervorgehobenen Voraussetzungen — daß Beklagter den fraglichen Auftrag für die Kläger ertheilt, und bei der Ertheilung die schlechten Umstände Meyer's gekannt habe — ausreichen würden, die actio doli zu begründen. Für die Bejahung scheint zu sprechen, daß der Brief des Beklagten vom 16. Januar 1858, wenn auch darin nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht ist, daß die künftigen Waarensendungen durch Meyer's Hände gehen sollten, doch seinem ganzen Inhalte nach den Klägern gegründeten Anlaß gab, dem vom Beklagten ganz allgemein zum Vermittler der Geschäftsverbindung gewünschten Meyer auch die Besorgung der Waarenlieferungen anzuvertrauen, daß sie aber, von der Insolvenz desselben in Kenntniß gesetzt, wahrscheinlich Anstand genommen haben würden, die jetzt fragliche Waarensendung abzufertigen. Andererseits kann dagegen angeführt werden, daß die Insolvenz Meyer's, wenn sie auch eine Wiedererstattung des Schadens zunächst aus dessen Vermögen unthunlich machte, doch nicht selbst die Ursache des klägerischen Verlustes war, welcher nicht durch Unerfülltbleiben einer Forderung, sondern durch Unterschlagung der ihm anvertrauten Waare herbeigeführt wurde, daß sich aber weder sagen läßt, der Beklagte habe, wenn ihm die schlechten Umstände Meyer's bewußt waren, ihn auch als einen Betrüger kennen müssen, noch auch, er habe die Kläger, indem er sie im Glauben der Solvenz Meyer's ließ, damit zugleich veranlaßt, in die Redlichkeit desselben ein größeres Vertrauen zu setzen, als sie ihm sonst geschenkt haben würden, habe also durch seine Verschweigung der schlechten Umstände Meyer's die Kläger der Gefahr ausgesetzt, ihre Waarensendungen durch Unterschlagung einzubüßen. — Nach dieser letzteren Auffassung würde es somit an dem Causalzusammenhange zwischen dem angeblichen dolus des Beklagten und dem eingetretenen Erfolge fehlen. Dagegen würde

2) die actio doli bei dem Hinzukommen einer weiteren Voraussetzung, deren factische Grundlage von den Klägern in den bisherigen Verhandlungen ebenfalls geltend gemacht worden ist, unbedenklich für begründet erachtet werden müssen. — Es ist nämlich

a) schon in der Klage angeführt worden, der verstorbene Meyer habe bereits seit langer Zeit nur ein Schwindelgeschäft gemacht und der Be-

klagte habe die Situation genau gekannt; Meyer habe beim Beklagten selbst im Laufe des Jahres 1859 für ca. Bco℔ 18,000, darunter zwei von den Klägern herrührende Partien, über deren Ursprung Beklagter nicht in Zweifel gewesen sein könne, in Versatz gegeben, worauf Beklagter einen Vorschuß von Bco℔ 12,000 geleistet habe. Beklagter, mit den pecuniären Verhältnissen Meyer's und dessen Schwindelgeschäften genau bekannt, habe in lata culpa versirt, weil er es unterlassen habe, die Kläger wenigstens in Bezug auf die ihn angehende Bestellung zur Vorsicht aufzufordern. In der Replik ist dieses Vorbringen, insbesondere durch Bezugnahme auf den Buchhalterbericht noch näher dahin erläutert und vervollständigt worden: das Geschäft Meyer's habe lediglich darin bestanden, so viel wie möglich Waaren von auswärts zu beziehen, und sie dann theils an H. S. Heimann bedeutend unter Werth zu verkaufen, theils durch die Makler Kiehn & Sauer in öffentlicher Auction großentheils zu Spottpreisen verkaufen zu lassen; mit dem Erlöse seien die Tratten der Fabrikanten, so weit er reichte, bezahlt, zur Deckung des so entstandenen Verlustes aber neue Waaren bezogen und mit denselben auf gleiche Weise verfahren worden, bis Meyer's Tod diesen Kreislauf unterbrochen habe; alle drei Betheiligte, Meyer, Heimann und Kiehn & Sauer, hätten hierbei in der engsten Beziehung mit einander gestanden und die beiden Ersteren ein gemeinschaftliches Conto bei Kiehn & Sauer gehabt; die Letzteren hätten bei dem Geschäftsbetrieb die meisten Vortheile gehabt, die von ihnen berechneten Spesen beliefen sich auf 20 pCt. jährlich.

b) Bei einem Schwindelgeschäft dieser Art mußte es mit Meyer in verhältnißmäßig kurzer Zeit nothwendig zum Bruche kommen und konnte es von seiner Seite nur darauf abgesehen sein, seine Existenz noch eine Zeitlang zu fristen, und zwar schließlich auf Kosten derjenigen Auswärtigen, für deren Waaren er sich keine Deckung mehr verschaffen konnte. — Ging er in dieser Weise auf offenbaren Betrug aus, so konnte es für ihn keinen Unterschied machen, ob er von ihm selbst bestellte Waaren für sich verwerthete, ohne sie bezahlen zu können, oder Waaren, die ihm für einen anderen Destinatair anvertraut wurden, drängenden Gläubigern zu ihrer Deckung hingab und somit den Absendern gegenüber unterschlug; das Eine war ihm dann so gut zuzutrauen, wie das Andere. Gesetzt daher, daß der Beklagte nicht bloß die Insolvenz Meyer's, sondern auch die Beschaffenheit und den Verlauf seines ganzen Schwindelgeschäfts genau kannte, wie die Kläger behaupten, so mußte es ihm klar sein, daß er durch die fragliche, erst im October gemachte Waarenbestellung die Kläger in dringende Gefahr setzte, ihr Eigenthum zu verlieren. Denn, daß die Kläger die Waare an Meyer abfertigen würden, das mußte er sich, wenn er ohne Weiteres auf die früheren Bedingungen verwies und die Bestellung selbst durch Meyer's Vermittelung machte, mindestens als sehr wahrscheinlich voraussagen. Die bona fides erforderte daher unter solchen Umständen nothwendig von ihm, daß er die Kläger von der Lage und dem Verhalten Meyer's in Kenntniß setzte oder sie wenigstens zur Vorsicht gegen ihn aufforderte. Unterließ er dies, so kann es nur aus einer Arglist erklärt werden, vermöge deren der Beklagte den Klägern wissentlich die ihnen drohende Gefahr verschwieg, um unbekümmert um dieselbe entweder sich oder Meyer einen Vortheil zu verschaffen. Wenn die Kläger im Klaglibell die unterlassene Warnung nur als eine lata culpa des Beklagten bezeichnet haben, so kann dies der Aufrechthaltung der Klage in dieser Richtung nicht entgegenstehen, weil es neben Anführung der nöthigen Thatsachen und bei der sonst, namentlich in der Stelle p. 6 des Libells:

> Beklagter habe durch Verweisung auf die früheren Bedingungen die Kläger inducirt, in Bezug auf die bestellte Waare Alles der Vermittelung Meyer's zu überlassen,

zu erkennen gegebenen Absicht, aus der mit genauer Kenntniß von Meyer's Schwindelgeschäft gemachten Bestellung eine actio doli herzuleiten, auf die Ungenauigkeit jener Bezeichnung nicht ankommen kann, welche ohne Zweifel, wie sich auch aus der Replik schließen läßt, nur als ein milderer Ausdruck für eine wissentliche Widerrechtlichkeit gebraucht wurde.

3) Nach der prozessualischen Lage der Sache bedarf es nun für jetzt keiner Entscheidung darüber, ob für die Kläger die unter 2) besprochene erschwerte Begründung der actio doli unentbehrlich ist, oder ob es genügen wird, wenn sie nur die beiden vom Obergerichte hervorgehobenen Voraussetzungen zu beweisen vermögen. Wird eine Klage, deren definitive Abweisung beantragt ist, vom Richter nur als zur Zeit verwerflich erkannt, so kann dieses zwar je nach dem Inhalte der Parteiverhandlungen Anlaß bieten, über einzelne für die neue Klage erhebliche Momente schon jetzt eine rechtskräftige Entscheidung herbeizuführen. Es wird sich dies aber in der Regel nur auf eine negative Begrenzung der künftig anzustellenden Klage zu beschränken haben; die positive Grundlage der künftigen Verurtheilung im Voraus allseitig festzustellen, in der Weise, wie es bei einem Beweis-Interlocute geschieht, ist schon darum unthunlich, weil dem Beklagten die Beibringung weiteren Vertheidigungsmaterials nicht abgeschnitten sein kann; in dieser Beziehung ist es im Vorproceß vielmehr im Allgemeinen nur Aufgabe des

Richters, zu prüfen, ob der bisher beigebrachte factische Stoff die Möglichkeit einer künftigen Klagbegründung ergebe. Ein Ausspruch des Richters über die Voraussetzungen der künftigen Klage muß daher im Zweifel von diesem Gesichtspunkte aus aufgefaßt werden, so weit er nicht zum Gegenstand eines wirklichen Decisums gemacht worden ist. Da nun hier das Decisum des Obergerichts allgemein auf den Vorbehalt einer actio doli lautet, so ist dem Beklagten in der fraglichen Hinsicht nichts aberkannt werden; und um dies noch bestimmter hervortreten zu lassen, war die Bestätigung der sententia a qua auf den decisiven Theil zu beschränken.

II. Damit erledigt sich zugleich die eventuelle Beschwerde des Beklagten, daß ihm nicht gegen die künftige actio doli alle Gerechtsame vorbehalten worden seien, eine Beschwerde, welche er selbst als eine eigentlich überflüssige und nur der Vorsicht halber aufgestellte bezeichnet hat.

III. Was die Adhäsionsbeschwerden der Kläger betrifft, so unterliegt deren formelle Statthaftigkeit nach §. 135 der Ober-App.-Ger.-Ordnung keinem Bedenken, da sie beide gegen den nämlichen Theil des obergerichtlichen Erkenntnisses gerichtet sind, welcher auch vom Beklagten angegriffen wurde, und es dann auf Connexität der beiderseitigen Beschwerden nicht weiter ankommt. In der Sache selbst aber stellen sich beide Adhäsionsbeschwerden als unbegründet dar.

1) In ihrer principalen Beschwerde verlangen die Kläger, daß die actio doli auch dann für begründet anerkannt werde, wenn der Auftrag zu der von Meyer im October 1859 bei den Klägern gemachten Waarenbestellung gar nicht vom Beklagten ausgegangen wäre. Käme es für die actio doli darauf an, daß der Beklagte nicht bloß die Insolvenz Meyer's sondern auch dessen schwindelhaften Geschäftsbetrieb gekannt habe, so würde das Verlangen der Kläger schon deshalb verwerflich sein, weil die Betreibung eines Schwindelgeschäftes der beschriebenen Art durch Meyer nur für den Lauf des Jahres 1859 mit Bestimmtheit behauptet worden ist. Geht man aber auch nur von der Grundlage des Obergerichts aus, so würde doch immer zur Begründung der Klage ein dolus des Beklagten erfordert werden, welcher mit dem Verlust der jetzt fraglichen Waarensendung für die Kläger in Causalzusammenhang stände. Ein solcher Zusammenhang kann jedoch aus dem Briefe des Beklagten vom 16. Januar 1858 allein, welcher ja nur die allgemeine Einleitung zu künftigen Geschäften enthielt, nicht abgeleitet werden, wenn man nicht von der Annahme ausgeht, daß die Kläger durch den gedachten Brief berechtigt worden seien, den Vermittler Meyer in Bezug auf Alles, was derselbe künftig Namens des Beklagten den Klägern mittheilen und erklären werde, als legitimirten Vertreter des Beklagten anzusehen. — Diese von den Klägern allerdings vertheidigte Annahme ist nun aber bereits durch duae conformes verworfen worden.

2) Dieselben Gründe stehen auch der eventuellen Beschwerde entgegen, daß den Klägern die actio doli unbeschränkt offen zu halten sei, auch wenn der Auftrag nur theilweise vom Beklagten ertheilt worden sein sollte. Denn wurde die vom Beklagten ausgegangene Waarenbestellung von Meyer den Klägern gegenüber eigenmächtig vergrößert, so könnte der Beklagte für diese Erweiterung ebenfalls nur unter der bereits verworfenen Voraussetzung verantwortlich sein, daß er Meyer als seinen Bevollmächtigten anzuerkennen hätte.

IV. Soviel den Kostenpunkt betrifft, so mußte die Beschwerde des Beklagten über die vom Obergerichte erkannte Compensation der Kosten erster Instanz für begründet erachtet werden, da die Verwerfung einer Klage wegen bloß vorzeitiger Erhebung der Regel nach so gut die Pflicht zur Tragung der Kosten nach sich zieht, als eine völlige Klagabweisung, und die von den Klägern aufgestellte Behauptung, daß sie nach allem in erster Instanz Beigebrachten genügenden Anlaß gehabt hätten, den Beklagten in Anspruch zu nehmen, zur Begründung einer Ausnahme hiervon nicht geeignet ist.

Dagegen konnte die Compensation der Kosten zweiter Instanz nur bestätigt werden, und waren die Kosten jetziger Instanz, da, abgesehen von einem Nebenpunkte, sich die beiderseits erhobenen Beschwerden als verwerflich darstellten, gleichfalls zu compensiren.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 28. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 19. Juli.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: **Handelsgericht:** de Voß c. Capt. Warman. — Graham & Bowden c. Liefmann Söhne. — Lembcke & Co. c. Richter. — **Niedergericht:** Dr. Hirsch und Frese c. Schrader.

Handelsgericht.

No. 53.

Erste Kammer. Audienz vom 26. Juni 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; **Richter:** die Herren Schuldt und Mutzenbecher.

H. J. de Voß (Dr. Noack) gegen Capitain C. W. Warman, jetzt Capitain W. L. Hall vom Dampfschiff „Cosmopolitan“ (Dr. Brandis).

Der Kläger führt aus: Der Beklagte habe ausweise Connossements (Anl. 1) 20 Luncheons Rum an ihn liefern sollen; es seien jedoch nur 19 volle Gebinde geliefert, während ein leer offerirtes Faß an Bord geblieben sei. Dies nicht gelieferte Faß enthalte laut Factura (Anl. 2) 99 Gallons, und betrage der Facturapreis laut Rechnung (Anl. 3) Bco.ℳ 345. 4. Hiervon die Fracht mit Bco.ℳ 122. 10 in Abzug gebracht, bleibe ein Betrag von Bco.ℳ 222. 10. Diese Summe verlangt nun der Kläger vom Beklagten, da Letzterer für das nicht gelieferte Faß Rum ohne Zweifel responsabel sei.

Der Beklagte verlangt reconveniendo Deposition der schuldigen Fracht von Bco.ℳ 122. 10. und wendet auf die Klage Folgendes ein: Die Sache sei bereits in London mit den Abladern arrangirt. Ueberdies könne er für das leere Faß durchaus nicht verantwortlich gemacht werden; denn einmal sei das Connossement mit der Clausel free of leakage and breakage gezeichnet, und dann ergebe die Verklarung (Anl. A), daß das Faß lediglich in Folge von Unfällen und Begegnissen auf der Seereise, für welche der Capitain nicht aufkomme, ausgelaufen sei. Auch könne von einem Ersatz des fraglichen Luncheon um so weniger die Rede sein, als der Ewerführer des Klägers bei Entgegennahme der Fässer erklärt habe, das leere Gebinde nehme er nicht, das lasse er für die Fracht an Bord.

Der Kläger stellt die vom Beklagten behauptete Abmachung der Sache, sowie die angebliche Erklärung des Ewerführers in Abrede. Der Beklagte könne sich weder durch die Verklarung exculpiren, noch mit der Clausel des Connossements schützen; denn er habe nicht behauptet, daß eine Besichtigung durch die Schifferalten stattgefunden, wie das der Art. 9 der Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk von 1786 *) ausdrücklich vor-

*) Dieser Artikel lautet: „Wenn die Güter durch Havarie oder andere außerordentliche Zufälle an der Fustage oder Emballage beschädigt sind, so soll der Schiffer solche nicht aus der Lage nehmen, sondern dem Kaufmann davon zeitig Nachricht geben, damit er wegen der Löschung oder allenfalls vorgängigen Besichtigung

schreibe, und es sei deshalb jede nachträgliche Exculpation wegen des vorhandenen Defects ausgeschlossen; vgl. auch Erk. des O. A.-G. Voigt c. Salinger.

Der Beklagte duplicirt: Es habe nicht behauptet werden können, daß ihn die Schuld des Verleckens treffe, und sei daher der angeführte Art. 9 hier gar nicht anwendbar.

Erkannt:

da der Art. 9 der Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk nur in dem Falle, daß sich eine Beschädigung an den Fustagen oder Emballagen der Güter befindet, dem Schiffer verbietet, ohne vorherige Anzeige an den Empfänger die Güter aus der Lage zu nehmen, wie dieses in neuerer Zeit mehrfach und namentlich in den in Ulrichs Sammlung unter No. 204 abgedruckten Erkenntnissen ausgesprochen nnd auch in den Entscheidungsgründen zu dem von dem Kläger angeführten Erkenntnisse des O. A.-G. in S. F. G. Voigt gegen G. Salinger & Co. angenommen worden ist;

da nun Kläger gar nicht behauptet, daß das ihm leer offerirte Gebinde äußerlich beschädigt gewesen sei;

da derselbe ebensowenig seinen Anspruch darauf gründet, daß der Schiffer — welcher das Connossement mit der Clausel „frei von Leckage und Bruch" gezeichnet hat, und dem außerdem die von ihm belegte Verklarung zur Seite steht — ungeachtet des Inhaltes der letzteren den vorhandenen Defect durch ein schuldvolles Verfahren herbeigeführt habe;

da hiernach der Klage es an jeder rechtlichen Begründung fehlt und somit es auch nicht weiter auf die Einrede ankommt, nach welcher Beklagter sich bereits mit dem Ablader der Waare verglichen haben will;

da denn auch die fernere Behauptung des Beklagten, daß ihm das in Rede stehende leere Gebinde für die Fracht an Bord gelassen sei, hier nur insofern in Betracht kommt, als die Fracht, welche Beklagter mittelst der von ihm erhobenen Widerklage für sämmtliche 20 Gebinde fordert, jedenfalls für jetzt um den auf dieses eine Gebinde fallenden Theil zu reduciren ist:

daß Kläger unter Verurtheilung in die Proceßkosten mit seiner Klage abzuweisen, derselbe auch auf Grund der von dem Beklagten erhobenen Widerklage schuldig sei, als Fracht für die 19 vom Bord des beklagtischen Schiffs empfangenen Gebinde Rum dem Beklagten die Summe von Bco℔ 116. 8 innerhalb 3 Mal 24 Stunden sub poena executionis zu bezahlen, wegen der Lieferung des leer am beklagtischen Schiffe verbliebenen einen Gebindes sowie wegen der Frachtzahlung für dieses Gebinde aber beiden Parteien alle Gerechtsame vorzubehalten.

durch die Schiffer-Alten, ob die Waare auch gut garnirt und gestauet gewesen, so wie er es am besten findet, verfahren könne, widrigenfalls er, wenn er, besonders im Hafen, die Lage eigenmächtig gebrochen, den sich etwa ereignenden Defect unausbleiblich vergüten muß."

No. 54.

Erste Kammer. Audienz vom 7. Juli 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Durrieu.

Graham & Bowden (Dr. Sieveking) gegen R. Liefmann Söhne (Dr. G. Hertz).

Die Kläger führen aus: Sie hätten von den Beklagten, wie die Schlußnote (Anl. 2) ergebe, im Januar d. J. 15 Sack weiße Kleesaat „laut Probe, übermorgen nachzustechen" gekauft. Dieselben seien aber nicht nach Probe geliefert und deshalb aufgeschossen worden; und hätten die Beklagten darauf andere probengemäße Lieferung zugesagt, später jedoch solche verweigert. Sie hätten sich daher anderweitig decken müssen und verlangen nun Bezahlung der ihnen dadurch entstandenen Preisdifferenz mit Bco℔ 150. 8 ß.

Die Beklagten behalten sich hinsichtlich der Existenz und der Größe des behaupteten Schadens alle Gerechtsame vor, indem sie sich zunächst darauf beschränken, jede Verpflichtung zum Schadensersatz in Abrede zu stellen. Es sei nämlich hiesige Usanz und als solche auch schon von den Gerichten anerkannt, daß bei einem Handel der vorliegenden Art der Käufer,

wenn er die Waare aufgeschossen habe, nur zur Annullirung des Geschäfts, nicht aber zu einer Entschädigungsforderung gegen den Verkäufer berechtigt sei, und werde dafür auch auf § 1 Absatz 2 der allgemeinen Usanzen beim Waarenhandel Bezug genommen. Das Versprechen einer anderweitigen probengemäßen Lieferung sei nicht gemacht worden; eventuell würde dasselbe immer nur im Kreise des vorliegenden Geschäfts gegeben sein und die Kläger daher nie zu einer Schadensersatzforderung berechtigen.

Die Kläger wollen die behauptete Usanz als zu Rechte bestehend nicht anerkennen, da sie allgemeinen und positiven Grundsätzen des Rechts widerspreche. Das behauptete Versprechen der Beklagten seien sie zu beweisen bereit.

Erkannt:

Da bei einem Kauf „nach Probe," wenn die Waare hierorts empfangen und von dem Käufer alsbald nach Abschluß des Geschäfts nachgestochen werden soll, die Absicht der Contrahenten — wie an hiesiger Börse allgemein angenommen wird — dahin geht, daß falls die Waare beim Nachstechen sich als nicht probegemäß herausstellen sollte, der Handel dergestalt annullirt sein solle, daß der Verkäufer weder eine andere Waare zu liefern noch eine Entschädigung zu zahlen habe,

da darüber, daß einem solchen Geschäfte hierorts diese Bedeutung beigelegt wird, auch um so weniger ein Zweifel obwalten kann, als dieses noch in neuerer Zeit von competenter Seite anerkannt worden ist, indem bei der dritten Berathung des Allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuches ein von Hambg. Seite zu dem damaligen Art. 317 (der jetzige Art. 340) gestellter Abänderungsvorschlag durch die Bezugnahme auf diese hierorts geltende Auffassung motivirt ward,

S. Zusammenstellung der Erinnerungen der Regierungen gegen die vier ersten Bücher des Handelsgesetzbuches S. 52;

da diese Auffassung aber auch sehr wohl mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar ist, indem die Ansicht, daß ein Handel „nach Probe" in allen Fällen als ein Kauf cum dicto et promisso zu betrachten sei, nicht für richtig gehalten werden kann, vielmehr unter Umständen in einem solchen Geschäfte ein Kauf sub conditione gefunden werden muß, wie denn auch das Handelsgericht von dieser letzten Annahme in allen solchen Fällen ausgegangen ist, in denen unmittelbar nach Abschluß des Geschäfts hierorts die Lieferung der Waaren erfolgen sollte,

S. die Erkenntnisse in S. A. B. Cohn c. Hasperg vom 22. Octbr. u. 11. Novbr. 1835 und in S. Gebr. Hell c. C. T. Ernst vom 22. Decbr. 1853;

da diese Annahme insbesondere auch dann vollkommen gerechtfertigt erscheint, wenn die Contrahenten übereingekommen sind, daß die Waare alsbald nach dem Abschluß des Geschäfts von dem Käufer besichtigt werde, indem der Käufer die Besichtigung der Waare gerade deshalb sich ausbedingt, weil er auf die Angabe des Verkäufers, daß die Waare der Probe entspreche, sich nicht einlassen will, und somit gar nicht anzunehmen steht, daß dieser Angabe gegenüber der Käufer sich ein Mehres habe ausbedingen wollen, als daß er, wenn dieselbe sich nicht bewahrheiten sollte, von dem Handel frei sein wollte;

da hiernach Kläger, welche „nach Probe, übermorgen nachzustechen" gekauft haben, deshalb weil die vorgesetzte Waare der Probe nicht entsprach auf Grund der Schlußnote einen Anspruch auf Schadensersatz nicht erheben können, dieselben vielmehr zur Begründung dieses Anspruchs die eventuell von ihnen aufgestellte Behauptung zu erweisen haben, nach welcher Beklagte, nachdem die vorgesetzte Waare sich nicht als probegemäß herausgestellt hatte, ihnen die Lieferung einer anderen probegemäßen Waare zugesagt haben sollen;

da nun, wenn dieser Beweis den Klägern auferlegt wird, damit nur ausgesprochen wird, daß die Kläger eine solche Aeußerung des Beklagten nachzuweisen haben, in welcher das Versprechen, den Klägern eine andere probegemäße Waare zu liefern, gefunden werden muß und somit durch die Aufnahme des Wortes „probegemäß" in das Beweisthema darüber nicht entschieden wird, ob, wenn die Beklagten dieses Wort nicht gebraucht, sondern nur die Lieferung einer anderen Waare den Klägern zugesagt haben sollten, nicht auch in solcher Aeußerung den Umständen nach das Ver-

sprechen einer anderen probegemäßen Waare gefunden werden müßte:

daß beiden Partheien hinsichtlich der Liquidation des von den Klägern beanspruchten Schadens für jetzt alle Gerechtsame vorzubehalten und Kläger vorgängig zu beweisen haben

daß ihnen von dem Beklagten, nachdem die von demselben zur Erfüllung der Schlußnota Anl. 2 vorgesetzten Waaren nicht probegemäß befunden worden, versprochen worden sei, ihnen eine andere probegemäße Waare zu liefern.

Es haben Kläger diesen Beweis — dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — innerhalb 8 Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Strafe des Beweisverlustes anzutreten, worauf dann weiter was Rechtens erkannt werden soll.

No. 55.

Erste Kammer. Audienz vom 30. Juni 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Mutzenbecher.

J. Lemcke & Co. (Dr. D. Hertz) gegen Joh. A. Richter, in Vollmacht der „Albis" (Dres. Schröder und Cropp), sowie der Letztere, Litisdenunciant, gegen Perger & Co. als Generalbevollmächtigte der Dresdner Feuer-Versicherungs-Gesellschaft, Litisdenunciaten (Dr. Brandis).

Die Kläger haben bei der beklagtischen Gesellschaft auf laufende Police Bco.ℋ 250,000. auf Kratz- oder Shoddy-Wolle von hier nach den Häfen Hull, Grimsby, West-Hartlepool, Leith versichert. Im August 1860 haben sie pr. Dampfer „Normanby", Capt. Child, nach West-Hartlepool 3 Posten Shoddy-Wolle von resp. 29, 57 und 53 Ballen verladen. Auf der Reise wurde plötzlich entdeckt, daß ein Theil der Ladung in Brand gerathen war, und wurden deshalb ausweise der Verklarung 21 Ballen Shoddy, von denen 18 den Klägern gehörten, brennend über Bord geworfen. Auf klägerische Anfrage, ob dieser Schade nach englischem Rechte in Havarie grosse zu vergüten sei, erfolgte von Davison Son & Lindley in London (nach Angabe der Kläger dortige Dispacheurs) die Antwort, daß dies nicht der Fall sei. Die Kläger ließen darauf durch den hiesigen Dispacheur ihren Schaden aufmachen, welcher denselben auf Bco.ℋ 1878. 8 β taxirte. Diesen Betrag nun fordern die Kläger vom Beklagten, indem sie bei der Verhandlung der Sache als ferneren Klaggrund geltend machen, daß der Beklagte Richter ihren Anspruch anerkannt habe.

Die Litisdenunciaten, bei welchen die beklagtische Gesellschaft gegen Feuerschäden reassecurirt ist, erklären sich bereit, die Vertretung des Beklagten hinsichtlich des ursprünglichen Klagegrunds — also abgesehen von der durch den Beklagten angeblich erfolgten Anerkennung der klägerischen Forderung — zu übernehmen. Sie opponiren zunächst, daß ausweise der Verklarung die Ballen No. 173, 176 und 689 nicht geworfen seien. Auf die Bemerkung der Dispache, daß statt dieser drei die Ballen No. 694, 698 und 705 geworfen seien, lassen sie sich nicht ein. Hinsichtlich jener drei Ballen seien die Kläger somit jedenfalls abzuweisen. Der Klage stehe ferner entgegen, daß der ganze reclamirte Schaden nicht in Havarie particulière, sondern in Havarie grosse zu bringen sei. Die fraglichen Ballen seien nämlich zur Rettung des Schiffes und der übrigen Ladung brennend über Bord geworfen. In solchem Falle aber sei sowohl nach allgemeinem, wie auch speciell nach Hamburgischem Rechte (Art. 7 Tit. 21 der Assec.- u. Havarie-Ordng. und § 85 des Allg. Plans) der Schaden in Havarie grosse über Schiff, Fracht und Ladung zu vertheilen. Wenn die Gegner sich darauf beriefen, daß im vorliegenden Falle, da die Dispache in England, als dem Bestimmungsorte, aufzumachen gewesen wäre, das englische Recht maßgebend sein müsse, nach diesem aber der fragliche Schade in Havarie particulière falle, so stehe dem entgegen, daß eine Aufmachung in England gar nicht beantragt oder versucht worden sei, und demgemäß nach § 86 des Allgem. Plans die Dispache hier und zwar nach Hamburgischem Rechte aufzumachen sei. Uebrigens werde es entschieden in Abrede gestellt, daß nach englischem Recht der Schade Havarie particulière sei, und werde dies durch das Zeugniß von Davison Son & Lindley in London nicht bewiesen, da weder feststehe, daß dieselben dort

Dispacheurs seien, noch es auf das Urtheil der Londoner, sondern nur auf das des Dispacheurs am Bestimmungsort, West-Hartlepool, ankomme. — Der fragliche Schaden falle aber nach § 60 des Allg. Plans überhaupt nicht den Assecuradeurs zur Last, da der Brand, welcher das Ueberbordwerfen der Ballen veranlaßt habe, durch Selbstentzündung derselben entstanden sei. Eventuell sei es Sache der Kläger, die sonstigen Ursachen des Feuers zu beweisen, da die Verklarung nur sage, daß die Ballen in Brand gefunden worden seien, was auf eine Selbstentzündung schließen lasse.

In Betreff des zweiten Klagegrundes, der angeblich von Seiten des Beklagten geschehenen Anerkennung bemerkte der Letztere, indem er sich im Uebrigen das von dem Litisdenunciaten Vorgetragene zu eigen macht: die desfallsige Behauptung der Kläger sei ganz unsubstantiirt und werde jedenfalls entschieden in Abrede gestellt.

Die Kläger entgegnen: In Betreff der 3 Ballen reserviren sie sich Competentien. Der geforderte Schade gehöre nicht in Havarie grosse, da die fraglichen Ballen nicht um Schiff und Ladung zu retten, sondern um ihrer selbst willen, weil sie brannten und nichts werth gewesen, über Bord geworfen seien. Die Einrede der Selbstentzündung betreffend, so fehle eine Behauptung darüber, welche Ballen denn sich entzündet hätten. Es seien außer den klägerischen auch noch andere Ballen verbrannt und hätten ebenso gut diese letzteren die der Kläger anstecken können. Der Beklagte hätte behaupten und eventuell beweisen müssen, daß gerade einer der klägerischen Ballen angefangen habe zu brennen.

Die Litisdenunciaten bemerken noch, daß die Ballen, als sie geworfen wurden, jedenfalls noch einen Werth hatten und der Schaden also in Havarie grosse gehöre.

Erkannt:

da nach dem Inhalt der von den Klägern beigebrachten Verklarung von einer Partie Shoddy-Wolle, welche Kläger mit dem Dampfschiffe „Normanby“ nach West-Hartlepool verladen und bei dem Beklagten versichert hatten, 18 Ballen, nachdem ein Feuer auf dem Schiffe ausgebrochen war, brennend über Bord geworfen wurden;

da nun zwar Kläger angeben, daß in der Verklarung von den von ihnen verladenen Ballen irrthümlich die Nr. 694, 698 und 705 anstatt der Nr. 173, 176 und 689 als geworfen aufgeführt seien und Beklagter seinerseits sich geweigert hat, die letzteren drei Ballen als geworfen anzuerkennen;

da jedoch hinsichtlich der übrigen 15 Ballen der Beklagten die in der Verklarung enthaltenen Angaben nicht bestritten, vielmehr seine Weigerung, Ersatz für dieselben zu leisten, darauf gegründet hat, daß

1) das Feuer auf dem Schiffe in Folge einer Selbstentzündung der klägerischen Waaren entstanden sei, und

2) darauf, daß der entstandene Schaden als Havarie grosse zu betrachten sei;

da nun ad 1 nach dem Zweck des See-Versicherungs-Contractes, wie nach der Vorschrift des § 60 des Allgem. Plans hiesiger See-Versicherungen der Versicherer für solche Fälle nicht haftet, welche nicht als eine Folge der Verladung des versicherten Gutes betrachtet werden können, vielmehr dasselbe, ebensowohl betroffen hätten, wenn es nicht verladen worden wäre;

da hiernach dem Beklagten darin beizustimmen ist, daß, falls eine Selbstentzündung der klägerischen Waare stattgefunden haben sollte, er zum Ersatz des Schadens nicht verpflichtet sein würde,

vgl. auch Benecke Bd. 3, S. 453,
Pöhls Bd. 4, S. 273 u. 319,
Nolte Bd. 2, S. 261;

da indessen diese Beschränkung der Verpflichtung des Assecuradeurs nicht dahin aufzufassen ist, daß der Versicherte, um Ersatz für einen Feuerschaden zu erlangen, jedesmal nicht nur den Nachweis, daß sein Gut am Bord des Schiffes durch Feuer beschädigt oder zerstört sei, zu erbringen, sondern ferner noch die Art, in welcher das Feuer entstanden, oder speciell, daß es nicht durch eine Selbstentzündung seiner Waaren entstanden sei, nachzuweisen habe;

da hier um so weniger den Klägern ein solcher Nachweis aufzuerlegen ist, als irgend welche Umstände nicht vorliegen, welche die Vermuthung einer Selbstentzündung der klägerischen Waaren rechtfertigten und namentlich Kläger mit Recht es hervorgehoben haben, daß wenn man die von ihnen verladenen Waaren als einer Selbstentzündung ausgesetzt betrachten wolle, es in Betracht kommen müsse, daß Ballen von demselben Inhalt,

wie die ihrigen, von anderen Häusern mit dem Schiff verladen und ebenfalls in Brand gerathen seien;

da hiernach den Beklagten hinsichtlich der Frage, ob eine Selbstentzündung der klägerischen Waare stattgefunden habe, die Beweislast trifft;

da sodann

ad 2. Beklagter seine Verpflichtung zum Schadensersatz offenbar nicht deshalb bestreiten kann, weil nach hiesigem Recht, wie er, Beklagter, annimmt — der Schaden, den die versicherten Güter erlitten, als Havarie grosse anzusehen sei;

da vielmehr nur die Behauptung des Beklagten hier in Betracht kommen kann, daß nach dem am Bestimmungsort des Schiffs, also in West-Hartlepool, geltenden Rechte der Schaden zur Havarie grosse gehöre und daß demzufolge Kläger jedenfalls für den größeren Theil dieses Schadens Ersatz in Havarie grosse hätte erlangen können;

da nun aber hier davon auszugehen ist, daß die brennenden Ballen nur deshalb geworfen wurden, weil das Feuer, welches sie ergriffen hatte, in anderer Weise nicht zu löschen war, und da ferner die Havariegrosse-Vertheilung in allen Orten auf dem Princip beruht, daß der Schaden, den ein Einzelner zum allgemeinen Besten erleidet, von Allen getragen werden solle, dieses Princip aber keineswegs dahin führt, daß auch für diejenigen Gegenstände Ersatz in Havarie grosse gefordert werden könne, die in dem Augenblick, in welchem sie preisgegeben wurden, schon als verloren zu betrachten waren;

vgl. Protocolle zum Allgem. deutsch. Handelsgesetzb. S. 2685.

da mit dieser Auffassung es auch vollkommen übereinstimmt, daß für Gegenstände, welche, bevor sie zum Besten von Schiff und Ladung geworfen wurden, bereits durch andere, nicht zur Havarie grosse gehörige Unfälle eine Beschädigung erlitten hatten, nur der Werth, den sie in diesem beschädigten Zustande gehabt haben, in Havarie grosse vergütet wird, indem diese Berechnung des Schadens nur die Folge des Grundsatzes ist, daß für geworfene Gegenstände der Werth ersetzt werden solle, den sie im Augenblick, als die Werfung erfolgte, hatten, derselbe Grundsatz aber dahin führen muß, daß für diejenigen Gegenstände, welche, als sie geworfen wurden, bereits als verloren zu betrachten und somit werthlos waren, gar kein Schaden in Havarie grosse zu vergüten ist;

da hiernach nicht nur die Annahme des Beklagten, daß der Schaden, den Kläger ersetzt verlangen, nach hiesigem Rechte zur Havarie grosse gehöre, unbegründet erscheint, sondern auch — so lange nicht der Beweis des Gegentheils erbracht wird, angenommen werden muß, daß ein Versuch der Kläger, in West-Hartlepool von den übrigen Ladungs-Interessenten und dem Schiffer Ersatz ihres Schadens zu erlangen, erfolglos geblieben wäre;

da demzufolge der Beklagte, wenn er nicht den nach den Ausführungen unter 1) ihn treffenden Beweis erbringen sollte, sich von der Verpflichtung zum Schadensersatz nur durch den anderen Beweis befreien kann, daß Kläger nach dem in West-Hartlepool geltenden Rechte Ersatz ihres Schadens in Havariegrosse hätte erlangen können, da aber, wenn auch dieser letztere Beweis dem Beklagten aufzuerlegen ist, es z. B. einer Entscheidung über die Relevanz des von den Klägern beigebrachten Schreibens der Hrn. J. R. Davison Son & Lindley nicht bedarf;

da ferner, wenn Beklagter weder den einen noch den andern der ihm den obigen Ausführungen zufolge aufzuerlegenden Beweise erbringen sollte, die Klage als begründet zu betrachten wäre, ohne daß die nachträglich von den Klägern aufgestellte Behauptung in Betracht käme, nach welcher Beklagter die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens den Klägern gegenüber anerkannt haben soll:

daß wegen dieser zuletzt erwähnten Behauptung der Kläger, sowie ferner auch hinsichtlich des Anspruchs der Kläger auf eine Vergütung für die Ballen No. 173, 176 und 689 den Parteien alle Gerechtsame vorzubehalten, hinsichtlich der übrigen 15 Ballen aber Beklagter zu beweisen habe:

entweder: daß das Feuer am Bord des Schiffes „Normanby“ durch eine Selbstentzündung der von den Klägern mit diesem Schiffe verladenen Ballen Shoddy-Wolle entstanden sei,

oder: daß nach dem in West-Hartlepool

geltenden Rechte Kläger berechtigt gewesen seien, zu verlangen, daß ihnen der Werth der brennend geworfenen Ballen — ganz oder eventuell theilweise — in Havariegrosse vergütet werde;

daß ferner Beklagter diese Beweise — den Klägern Gegenbeweis vorbehältlich — bei Strafe des Beweisverlustes innerhalb vier Wochen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses anzutreten habe.

Niedergericht.

No. 20.

Dr. Ph. Hirsch und H. K. W. Frese, als Vormünder desti J. H. Schrader Minorennen (Dr. Hirsch) gegen Julius Theodor Schrader (Dr. Wer.)

Die klagenden Vormünder zweier minorennen Kinder des am 2. Febr. 1861 verstorbenen J. H. Schrader behaupten, daß J. P. M. Ockershausen in Altona den verstorbenen Schrader den Betrag von Ct℔ 1631. 8 ß geschuldet und von dieser Summe Ct℔ 1680 am 19. Febr. 1861 — angeblich im Auftrage des Verstorbenen — in seinem Erbe auf den Namen des damals noch unmündigen Beklagten, des ältesten Sohnes desti Schrader, habe eintragen lassen. Die Kläger hätten diesen Posten gekündigt, Ockershausen aber weigere im Auftrage des Beklagten die Auszahlung, und beantragen die Kläger den Beklagten zu verpflichten, ihnen zwei Drittheile der betreffenden Summe als die auf den klägerischen Antheil fallende Erbportion zu cediren.

Beklagter wendet ein: der verstorbene Schrader habe ihm die Forderung an Ockershausen geschenkt, diesem von der Schenkung Anzeige gemacht und den Auftrag ertheilt, den Betrag auf den Namen des Beklagten in sein Grundstück eintragen zu lassen. Die Rechtsbeständigkeit dieser Schenkung könne keinem Zweifel unterliegen; das Röm. Recht, welches allerdings Schenkungen des Vaters an das Hauskind verbiete, lasse solche Schenkungen doch durch den Tod des Vaters, wenn sie bis dahin nicht widerrufen worden, convalesciren; das Germanische und in specie das Hamburgische Recht aber weiche von der dem Röm. Rechte zu Grunde liegenden Idee einer unitas personarum zwischen Vater und Kind ab und betrachte eine Schenkung unter diesen Personen überall als rechtsgültig.

Kläger repliciren: eine vom Beklagten behauptete Schenkung — über deren Vorhandensein sie sich ignorando erklären — würde wirkungslos sein, weil Beklagter zur Zeit derselben jedenfalls noch der minorenne Haussohn des verstorbenen Schrader gewesen. Zwar convalescirten nach Röm. Rechte Schenkungen des Vaters an das Hauskind durch den ohne Widerruf erfolgten Tod des Vaters, diese Convalescirung sei aber im vorliegenden Falle unmöglich, weil Beklagter zur Zeit der Schenkung noch minderjährig war und weil er die Schenkung nicht acceptirt habe. Wenn nun auch das Germanische Recht die Anschauung einer unitas personarum zwischen Vater und Kind nicht kenne, so sei doch ein Rechtsgeschäft des Vaters mit dem minderjährigen Kinde auch nach Germanischem Rechte nicht denkbar; es müßte denn die Zuziehung eines tutor ad hoc vorliegen. Abgesehen hiervon aber hätte die Schenkung, um perfect zu werden, einer ausdrücklichen Annahme des Beschenkten bedurft, welche — wenn sie auch nicht gleichzeitig mit der Schenkung zu erfolgen brauche — doch jedenfalls nach dem Tode des Schenkers unwirksam sei. Eventuell würde endlich, selbst wenn die Schenkung zu Rechte bestände, der Beklagte zur Collation derselben verpflichtet erscheinen oder doch jedenfalls den Beweis zu führen haben, daß nach dem Willen des Erblassers er das Geschenk als Praecipuum ohne Collationspflicht haben sollte.

Beklagter erwidert: die Convalescirung einer Schenkung der in Rede stehenden Art könne unmöglich durch die Minderjährigkeit der Hauskinder ausgeschlossen werden, vielmehr sei der Fall einer Schenkung des Vaters an das minderjährige Kind nach heutigem Rechte der einzige, bei welcher von einer Convalescirung der Schenkung überall noch die Rede sein könne, indem beim Wegfall der Anschauung einer unitas personarum für das heutige Recht die Schenkung des Vaters an die volljährigen Kinder schon an sich gültig sei und nicht erst zu convalesciren brauche.—Eine ausdrückliche Annahme der Schenkung sei nicht erforderlich, eventuell jedenfalls auch noch nach dem Tode des Schenkers zulässig. Im vorliegenden Falle komme es aber auf die Frage über die Nothwendigkeit einer Acceptation der Schenkung gar nicht an, weil es sich hier eben um eine Schenkung des Vaters an das minderjährige Kind handle, nun aber einmal eine Acceptation des Letzteren gar keinen Werth haben würde, zweitens aber, wie ausgeführt, eine solche Schenkung erst mit dem Tode des Vaters convalescire und schon aus diesem Grunde von einer vorherigen Annahme derselben nicht die Rede sein könne. — Die Collation einer einfachen Schenkung endlich sei nur dann erforderlich, wenn dieselbe entweder mit der Bedingung einer Anrechnung auf den Pflichttheil gemacht worden oder wenn ein anderer Descendent ein Dos oder Donatio propter nuptias conferire.

Erkannt am 7. April:

da die Bestimmung des röm. Rechts, daß die von einem Vater an das in seiner väterlichen Gewalt befindliche Hauskind gemachte, an und für sich ungültige Schenkung durch den ohne Widerruf erfolgten Tod des Schenkers convalescire mit den Lehren des röm. Rechts von der väterlichen Gewalt und der daraus hervorgehenden unitas personarum zwischen dem Vater und dem Hauskinde, sowie mit den Grundsätzen über das peculium des Hauskindes im engsten Zusammenhang steht, und daher im heutigen Recht keine Anwendung mehr finden kann, weil es an der Voraussetzung derselben (der in der röm. patria protestas begründeten unitas personarum und der daraus hervorgehenden Ungültigkeit der Schenkung) fehlt, indem der Sohn nach heutigem Recht eigenes Vermögen besitzen und der Vater eben so gut seinem Sohne wie einem jeden Andern eine Schenkung machen kann,

da mithin der Umstand, daß Schenker und Beschenkter in dem Verhältniß von Vater und Sohn zu einander stehen, als gänzlich irrelevant erscheint, und die Frage von der Gültigkeit der Schenkung ganz unabhängig von diesem Umstand nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beantworten ist,

da nun der Umstand, daß der Beklagte z. Z. der angeblichen Schenkung noch minderjährig war, der Gültigkeit der Anerkennung nicht entgegensteht, weil ein Minderjähriger, sofern derselbe nur über die Jahre der infantia hinaus, also willensfähig ist, solche Rechtsgeschäfte, welche ihm ausschließlich Vortheil bringen, auch ohne den Beistand eines Vormundes gültig vornehmen, mithin auch eine ihm gemachte Schenkung acceptiren und erwerben kann.

pr. inst. d. auctor. tutor. 1. 21.
l. 28 pr. D. d. pactis 2. 14.

da aber, damit eine Schenkung perfect werde, der übereinstimmende Wille des Schenkers und des Beschenkten vorhanden sein muß, der Beklagte daher noch bei Lebzeiten seines Vaters die Schenkung acceptirt haben muß

Puchta, Institut. Bd. II. S. 351
Savigny, System Bd. IV. S. 152

übrigens aber die Acceptation einer Schenkung an irgend welche Förmlichkeiten überall nicht gebunden ist und auch stillschweigend durch concludente Handlungen, ja sogar dadurch geschehen kann, daß der Beschenkte gegenwärtig ist und schweigt,

Savigny System Bd. IV., S. 151,
Meyerfeldt Lehre von den Schenkungen, Bd. 1, S. 37;

da, falls der Beklagte die Schenkung der fraglichen Forderung und seine bei Lebzeiten des Vaters erfolgte Acceptation dieser Schenkung zu beweisen vermag, damit die eigentliche Schenkung als perfect geworden zu betrachten ist und die Einschreibung der dem Beklagten geschenkten Forderung in das Grundstück des Schuldners als ein Nebenpunkt erscheint, der Umstand daher, daß diese Einschreibung erst nach dem Tode des Vaters erfolgte, auf die Gültigkeit der Schenkung keinen Einfluß üben kann,

da nach dem römischen Rechte, welches in dieser Beziehung durch unser topisches Recht keinerlei Abänderung erfahren hat und somit noch jetzt volle Anwendung findet, eine einfache Schenkung nur dann conferirt zu werden braucht, wenn entweder ein anderer Miterbe eine dos oder eine donatio propter nuptias einzuwerfen hat, oder wenn die Schenkung mit der Bestimmung gegeben ist, daß dieselbe conferirt werden solle,

l. 20. 1. eod. de collat. 6. 20,
Puchta §. 513, not. b. u. c.,
Baumeister, Privatrecht Bd. II., S. 396 u. 397:

daß Beklagter innerhalb 14 Tagen bei Verlust der Beweisführung und unter Vorbehalt des Gegenbeweises für die Kläger zu beweisen schuldig sei:

daß sein verstorbener Vater ihm die in Rede stehende Forderung an J. P. M. Ockershausen geschenkt und er solche Schenkung bei Lebzeiten seines Vaters ordnungsmäßig acceptirt habe.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meissner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 29. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 19. Juli. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Gompertz c. Mathies & Co.— Terje Olsen & Co. c. Abrahamson & Co. — Schreiber & Mitau c. Direction der Berl.-Hamb. Eisenbahn-Gesellschaft. — Dr. Wex c. Lohmann. — Obergericht: Proc. Dorn c. Kallmes. — Rée c. Suse & Schnars. — Fraustädter & Co. c. Kosow. — Joachimson c. v. Harlessem.

Handelsgericht.

No. 56.

Zweite Kammer. Audienz vom 4. Juli 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor. Richter: die Herren Krogmann und Abegg.

Eduard Gompertz (Dr. Gompertz) gegen L. F. Mathies & Co. (Dr. Lauenstein).

Der Kläger führt aus: Er habe am 7. Februar den Beklagten einen Probekasten zur sofortigen Spedition par grande vitesse nach Verviers übergeben und sei einige Tage später selbst über Harburg und Cöln dorthin gereist. Er habe dort aber seinen Probekasten, der erst am 17. von den Beklagten hier abgesandt worden, vergebens erwartet und deßhalb am 19. Februar wegen aller ihm durch die Schuld der Beklagten entstandenen Kosten und Schäden Protest (Anl. 1) erheben lassen. Da nun der Zweck seiner ganzen Reise durch das Ausbleiben des Probekastens vereitelt, die Beförderung desselben aber durch die Schuld der Beklagten verzögert sei, so fordere er Ersatz der ihm entstandenen Reisekosten laut Rechnung (Anl. 2) mit ℛ 70. 10 Sgr.

Die Beklagten entgegnen: An demselben Tage, an welchem Kläger ihnen seinen Probekasten zur Spedition übergeben, sei die Wasserverbindung zwischen Hamburg und Harburg durch den bedeutenden Eisgang vollständig unterbrochen worden, und dieser Zustand habe, wie das in Anl. A von dem Capitain des Zollwachtschiffes amtlich attestirt werde, ohne Unterlaß bis zum 21. Februar gedauert. Nur durch einen glücklichen Zufall sei es gelungen, das Collo des Klägers schon am 17. über Blankenese und Moorburg nach Harburg zu spediren; eine frühere Beförderung desselben sei ihnen aber factisch unmöglich gewesen, und dadurch schon werde jeder Schadensanspruch ausgeschlossen. Denn natürlich seien sie ohne ausdrücklichen Auftrag des Klägers weder befugt noch verpflichtet gewesen, das Collo auf einem viel kostspieligeren Umwege (z. B. über Berlin) zu befördern; Sache des Klägers wäre es gewesen, wenn er das gewollt hätte, ihnen einen dahin gehenden Auftrag zu ertheilen.

Eventuell stellen sie es in Abrede, daß dem Kläger aus der verspäteten Beförderung seines Probekastens überall ein Schaden erwachsen sei; und wenn dies auch der Fall wäre, so habe er denselben lediglich seiner eigenen Schuld beizumessen, da er so gut wie das ganze Publicum wissen mußte, daß die regelmäßige Eilgutbeförderung seit dem 7. Februar unterbrochen war. Die aufgestellte Schadensberechnung sei durchaus unzulässig; und zwischen der willkürlichen Reise des Klägers nach Verviers und dem ihnen ertheilten Auftrage, sein

Collo dahin zu befördern, existire überhaupt kein rechtlicher Causal-Zusammenhang.

Der Kläger erwidert: Er müsse bestreiten, daß am 7. Februar die Beklagten durch höhere Gewalt verhindert worden seien, das Collo noch an demselben Tage zu befördern; und selbst wenn das der Fall gewesen wäre, würden dieselben nicht dadurch befreit werden. Es wäre ihre Pflicht gewesen, ihm anzuzeigen, daß sie das ihnen zur Beförderung par grande vitesse übergebene Collo auf dem gewöhnlichen Wege nicht spediren könnten, und anzufragen, auf welchem Wege sie es befördern sollten. Da sie das nicht gethan, sei er zu der Annahme berechtigt gewesen, das Collo sei expedirt; und könne er daher die Erstattung der baaren Auslagen, welche ihm durch die Schuld der Beklagten entstanden seien, mit Recht beanspruchen.

Erkannt:

da die Beklagten nicht in Abrede gestellt haben, das in Rede stehende Collo vom Kläger am 7. Februar d. J. erhalten und zur sofortigen Beförderung nach Verviers par grande vitesse angenommen zu haben;

da der Transportunternehmer omnem diligentiam zu prästiren hat und somit Beklagte, welche geständlich das fragliche Collo erst am 17. Februar abgesandt haben, dem Kläger für den ihm aus der verzögerten Absendung erwachsenen Schaden aufzukommen haben, es sei denn, daß sie darzuthun vermöchten, daß, wie sie behaupten, die Versendung des Collo's vor dem 17. Februar durch höhere Gewalt unmöglich gemacht war;

da dieser Nachweis aber nicht schon dann für erbracht würde angesehen werden können, wenn der Wassertransport nach Harburg während der fraglichen Zeit unausführbar gewesen sein sollte, weil die Beklagten, welche die sofortige Beförderung ohne Bezeichnung eines bestimmten Weges übernommen hatten, in solchem Falle sich des andern directen Weges nach Harburg über Wilhelmburg um so mehr zu bedienen hatten, als es gerade in dem Kreise der von ihnen zu prästirenden Diligenz lag, bei der Störung des einen Weges den anderen noch offenen Weg zu benutzen;

da dagegen die Annahme des Auftrages die Beklagten nicht verpflichtete, ohne desfallsige specielle Instruction die Versendung auf einem die Transportkosten wesentlich erhöhenden Umweg, z. B. über Berlin oder Magdeburg, zu bewirken,

daß den Parteien wegen der Frage, ob dem Kläger aus der verzögerten Absendung ein Schaden überhaupt, respect. welcher Schaden erwachsen, für jetzt competentia vorbehältlich, vorgängig Beklagte innerhalb 8 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses schuldig seien — Klägern Gegenbeweis vorbehältlich — bei Verlust der Beweisführung den Beweis anzutreten,

daß das ihnen vom Kläger am 7. Februar a. c. übergebene Collo vor dem 17. Februar oder doch wie viel früher, nicht abgesandt werden konnte, weil sowohl der Wasser- als der Landtransport nach Harburg durch höhere Gewalt unmöglich gemacht war.

Nach beendigtem Beweisverfahren soll sodann weiter erkannt werden wie Rechtens.

No. 57.

Erste Kammer. Audienz vom 11. Juli 1862.
Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Blume und Durrieu.

Terje Olsen & Co. (Dr. C. Stammann) gegen J. Abrahamson & Co. (Dr. Lazarus).

Die Kläger verlangen Bco℔ 1305. 2 ß und Bco℔ 172. 11 ß für abseiten der Beklagten angeblich pr. comptant mit 1 pCt. Decort gekaufte und empfangene Waaren laut zweier Rechnungen, Anlagen 1 und 2.

Die Beklagten wenden ein: Sie hätten die in Rede stehenden Waaren zwar von den Klägern gekauft, nicht aber pr. comptant, indem es vielmehr in ihr Belieben gestellt worden sei, ob sie gegen 1 pCt. Decort comptant oder durch Drei-Monats-Wechsel auf ein hiesiges Haus Zahlung leisten wollten. Sie hätten nun den letzteren Weg gewählt und bieten demgemäß den Klägern ein Accept der hiesigen Firma N. M. Heßlein

an, indem sie den hiernach am Facturabetrage noch fehlenden Rest von Bco℔ 28. 6 ß baar offeriren.

Die Kläger beharren bei ihrer Angabe, daß ursprünglich pr. comptant gekauft worden; die Beklagten hätten dann auch zwei Rechnungen gleich der eingeklagten ohne Monitur entgegengenommen und erst nach Verlauf mehrerer Tage den Klägern bemerkt, daß sie mit ihnen eingegangenen Rimessen bezahlen wollten. Mit diesem Anerbieten hätten sich die Kläger alsdann nur unter der Bedingung einverstanden erklärt, daß ihnen die Wechsel gut erschienen. Indessen würde auch abgesehen von dieser Bedingung und selbst bei Wahrheit der jenseitigen Darstellung der von Beklagten offerirte Wechsel zu einer genügenden und annehmbaren Zahlung nicht geeignet erscheinen, da derselbe kein an hiesiger Börse discontables Papier sei, indem Kläger den Wechsel bei ihrem Banquier nicht hätten discontiren können. — Mit einem anderen discontablen Papier wollen dagegen Kläger sich anstatt der baaren Zahlung noch jetzt zufrieden erklären.

Beklagte leugnen, die klägerischen Rechnungen ohne Monitur entgegengenommen zu haben und heben hervor, sie seien ihren Verpflichtungen vollkommen nachgekommen, indem sie den beigebrachten Wechsel mit ihrem Giro versehen den Klägern übergeben wollten, auch seien sie bereit, denselben in blanco zu giriren; der Wechsel sei allerdings ein discontables Papier, keine der beiden hiesigen Banken werde sich weigern, denselben anzunehmen.

Erkannt:

da Kläger nicht bestreiten, daß der Acceptant des von den Beklagten producirten Wechsels hierorts ein kaufmännisches Geschäft betreibe, dieselben auch ebensowenig die Solvenz des Acceptanten in Zweifel ziehen;

da hiernach Kläger diesen Wechsel nicht würden zurückweisen können, wenn sie, wie Beklagte behaupten, diesen eingeräumt haben sollten, die jetzt eingeklagten Rechnungen mit Drei-Monat-Wechsel auf eine hiesige Firma zu bezahlen;

da namentlich die Angabe der Kläger, daß der Wechsel nicht discontabel sei, irrelevant erscheinen müßte, wenn hinsichtlich der Beschaffenheit der den Klägern zu liefernden Wechsel eine weitere Vereinbarung zwischen den Parteien nicht getroffen sein sollte, indem unter dieser Voraussetzung es keineswegs als selbstverständlich betrachtet werden müßte, daß Kläger beabsichtigt hätten, die ihnen zu liefernden Wechsel in Discont zu geben, und noch weniger ohne Weiteres angenommen werden dürfte, daß Kläger die Wechsel ohne Unterschrift hätten begeben wollen, oder daß dieselben von der Voraussetzung ausgegangen seien, daß ein von Beklagten indossirter Wechsel, auch wenn sie denselben mit ihrem eigenen Indossament versehen würden, keine Abnahme finden würde:

daß der von Beklagten producirte, am 26. Sept. d. J. fällig werdende Wechsel von den Acten zurückzubehalten und einstweilen ad depositum judiciale zu nehmen;

daß ferner Beklagte schuldig seien, die von ihnen baar offerirten Bco℔ 28. 6 ß innerhalb 8 Tage s. p. execut. den Klägern zu bezahlen und daß Beklagte in derselben Frist bei Strafe des Beweisverlustes den Beweis anzutreten haben:

> daß Kläger ihnen eingeräumt haben, die jetzt eingeklagten Rechnungen mit Drei-Monat-Wechseln auf eine hiesige Firma zu bezahlen,

daß jedoch den Klägern der Gegenbeweis auch namentlich dahin vorzubehalten:

> daß sie nur unter der Bedingung, daß die von den Beklagten ihnen vorzulegenden Wechsel ihnen gut erscheinen würden, mit einer Zahlung in Wechseln sich einverstanden erklärt haben.

Und soll dann ferner auf Antrag der Parteien in der Sache erkannt werden was Rechtens.

No. 58.

In Sachen Schreiber & Mitau gegen die Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahn-Gesellschaft (cfr. No. 25 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 46) hat die zweite Kammer des

Handelsgerichts (Präses: Herr Dr. Sutor, Richter: die Herren Krogmann und Abegg) in Folge klägerischen Restitutionsgesuches am 4. Juli erkannt:

Da die sogenannte Nachnahme dem Transportunternehmer, sofern er derselben nicht widersprochen, die Verbindlichkeit auferlegt, das ihm übergebene Gut an den Adressaten nur gegen Bezahlung des nachgenommenen Betrages auszuliefern, auch die Befugniß eines Absenders, den Kaufpreis der Waare selbst nachzunehmen, im Allgemeinen nicht bestritten werden kann,

vgl. Brinckmann Handelsrecht, Pag. 436;

da auch die Bestimmungen im § 9 des Vereinsreglements für den Güterverkehr auf den Eisenbahnen Deutschlands vom 1. Decbr. 1856 nicht der Art sind, daß darin ein klares und deutliches Verbot der Werthnachnahme gefunden werden kann, indem 1) daraus, daß in der Alinea 1 nur von Spesennachnahme die Rede ist, nicht gefolgert werden darf, daß eine Werthnachnahme für alle Fälle und unter allen Umständen ausgeschlossen sein solle, und 2) die beklagtische Interpretation der in Alinea 2 am Ende sich findenden Bestimmung: „Vorschüsse auf den Werth des Gutes sind nicht gestattet“ dahin, daß das Wort „Vorschüsse“ mit dem Wort „Nachnahme“ gleichbedeutend sein solle, übersieht, daß im täglichen Verkehr unter Vorschuß eine baare Bezahlung auf das überlieferte Gut, also etwas anderes verstanden wird, als unter Nachnahme, deren Betrag der Absender erst dann zu fordern hat, nachdem die Zahlung abseiten des Adressaten erfolgt ist;

da es aber die Pflicht der Eisenbahn-Direction gewesen wäre, in dem von ihr aufgestellten Reglement deutlicher und klarer zu sprechen, wenn sie in der That Willens gewesen wäre, die Nachnahme des Werthes des Gutes oder eines Theiles desselben, obgleich solche selbst von allen Postanstalten gestattet wird, dergestalt für unzulässig zu erklären, daß sie, im Falle erweislich eine Werthnachnahme stattgefunden haben sollte, troß der Annahme des Frachtbriefes die auf demselben enthaltene Nachnahme-Bemerkung pro non scripta angesehen wissen wollte;

da somit der § 9 des Reglements den Ansprüchen der Kläger nicht entgegensteht, vielmehr Beklagte, vorausgesetzt, daß auf dem von ihr angenommenen Frachtbriefe eine Nachnahme von 24 ℔ deutlich aufgegeben gewesen sein sollte, jetzt, nachdem sie sich außer Stand gesetzt hat, die fragliche Waare den Klägern wieder zur Disposition zu stellen, für verpflichtet erachtet werden muß, denselben den nachgenommenen Betrag abzüglich der reglementsmäßigen Provisionen zu bezahlen:

daß das Erkenntniß der ersten Kammer contra quod vom 5. Juni a. c. wiederum aufzuheben und reformatorie dahin zu erkennen, daß Kläger schuldig seien, innerhalb acht Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses — den Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — bei Verlust der Beweisführung den Beweis anzutreten:

daß auf dem von ihnen der Beklagten mit der fraglichen Waare eingelieferten Frachtbriefe der Betrag der Nachnahme deutlich mit 24 ℔ aufgegeben gewesen.

Der Beklagten bleibt freigestellt, im Beweisverfahren auf ihr Editionsgesuch, sofern sie sich mit demselben fortzukommen getrauen sollte, zurückzukommen, und wird die Sache solchergestalt unter Compensation der Kosten dieser Instanz an die erste Kammer zurück verwiesen.

No. 59.

Zweite Kammer. Audienz vom 4. Juli 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor. Richter: Die Herren Krogmann und Abegg.

Dr. Wex m. n. M. P. Crachi in Wien gegen F. W. Lohmann (Dr. Noack).

Der Kläger trägt vor: Im Juli vor. Jahres habe der Beklagte von seinem Mandanten 5000 Stück Gewehre gekauft, und dabei ausweise Verpflichtungsscheins Anl. 2 die Verbindlichkeit übernommen, von

dem Oesterreichischen Consul in Hamburg seiner Zeit ein Attest beizubringen, daß die gekauften fünf Tausend Gewehre überseeisch und außereuropäisch exportirt seien, bei Strafe von fünf Tausend Gulden.*) Ein solches Attest sei aber trotz mehrfacher Mahnungen nicht geliefert worden und könne auch nicht beigebracht werden, da die fraglichen Gewehre nach Antwerpen resp. Lüttich verkauft seien. Jedenfalls aber sei die Conventionalstrafe verwirkt, weil die Lieferung des Attestes, wenn auch für dieselbe keine bestimmte Zeit festgesetzt worden, doch innerhalb der abgelaufenen Zeit von fast einem Jahre nach vernünftigem Ermessen hätte erfolgen müssen. Der Beklagte sei daher in die Zahlung derselben zu verurtheilen.

Der Beklagte entgegnet: Aus der in dem producirten Verpflichtungsscheine enthaltenen einfachen Pollicitation sei Crachi ohne Nachweis eines Interesses zu klagen nicht berechtigt. Das in dem Scheine enthaltene Versprechen sei nicht ihm gegeben, und könne auch daraus, daß der klägerische Mandant Verkäufer der Gewehre gewesen, sein Klagerecht nicht hergeleitet werden. Vielmehr müsse derselbe sein specielles Interesse nachweisen; ein solches liege aber nicht vor, da das fragliche, in der Anl. 2 versprochene Attest lediglich der Oesterreichischen Regierung gegenüber beizubringen wäre, diese aber ein solches niemals gefordert habe. — Die Anlage 2 habe ferner, zur Zeit als er dieselbe unterschrieben die Worte „und außereuropäisch" nicht enthalten; es handele sich daher nicht um eine außereuropäische, sondern nur um eine überseeische Exportation. — Endlich sei zur Zeit noch gar kein Klagerecht begründet, da der Verpflichtungsschein nur besage, daß das Attest „seiner Zeit" beigebracht werden solle, das heiße, zu der Zeit, wo das Interesse auf ein solches Attest von Seiten dessen, der es fordern könne, vorliege. Nun sei weder für die Exportation der Gewehre noch für die Beibringung des Attestes irgend eine Zeit bestimmt. Das letztere könne also jedenfalls nur dann gefordert werden, wenn man nachweise, die Gewehre seien schon exportirt. — Er leugne, daß die Gewehre nach Antwerpen resp. Lüttich verkauft seien. Schlimmstenfalls würde das Gericht eine Frist zur Beibringung des Attestes zu fixiren haben.

Der Kläger replicirt: Da der Beklagte nicht bestreite die fraglichen Gewehre von dem klägerischen Mandanten gekauft und demselben die Anl. 2 mit Bezug auf dieses Geschäft gegeben zu haben, so sei das Klagerecht des Letzteren nicht zu bezweifeln. Ein besonderes Interesse — welches übrigens vorliege — brauche im Falle einer stipulirten Conventionalstrafe nicht nachgewiesen zu werden. Die Worte „und außereuropäisch" seien offenbar von der Hand des Beklagten. Die beklagtische Interpretation des Ausdruckes „seiner Zeit" sei falsch, derselbe bedeute: „sobald die Gewehre verschifft sind." — Der Einwand, daß für diese Verschiffung eine Zeit nicht bestimmt sei, sei unrichtig. Dieselbe hätte nach vernünftigem Ermessen schon längst geschehen sein müssen und könne der Beklagte nicht jetzt, nach Jahr und Tag behaupten, daß die Exportation noch immer stattfinden könne. Eventuell aber komme es in Betracht, daß die Gewehre gar nicht überseeisch verschifft, sondern nach Antwerpen resp. Lüttich verkauft seien.

Erkannt:

Da der Beklagte nicht in Abrede gestellt hat, wie der Kläger behauptet, im vorigen Jahre von dem klägerischen Mandanten 5000 Stück Gewehre gekauft und beim Abschlusse des Geschäftes die Verpflichtung übernommen zu haben, ein Attest des Oesterreichischen Consuls in Hamburg darüber zu liefern, daß solche Gewehre überseeisch exportirt worden;

da Beklagter ferner nicht in Abrede gestellt hat, den sub No. 2 producirten Verpflichtungsschein dem klägerischen Mandanten behändigt zu haben;

da aus den solchergestalt eingeräumten Thatsachen um so mehr zur Evidenz hervorgeht, daß Beklagter sich dem klägerischen Mandanten gegenüber zur Beibringung des fraglichen Attestes und event. zur Bezahlung der Conventionalstrafe verpflichtet habe, als Beklagter nicht hat angeben können, wem gegenüber er sonst denn

*) Anlage 2.
Der Unterzeichnete verpflichtet sich hiermit, von dem österr. Consul in Hamburg seiner Zeit ein Attest beizubringen, daß die von Herrn M. P. Crachi gekauften 5000 Stück Gewehre überseeisch und außereuropäisch exportirt sind, bei Strafe von Fünf Tausend Gulden.
Wien, 17. Juli 1861.
gez. F. W. Lohmann.

die in dem anerkannten Verpflichtungsschein Anl. 2 ausgesprochene Verbindlichkeit übernommen habe;
da es auch bei einer stipulirten Conventionalstrafe keineswegs darauf ankommt, daß der Stipulant ein Interesse habe oder gar nachweise,

cf. § 7 Instit. de verborum obligat.

da ferner die Verpflichtung des Beklagten seiner Zeit das Export-Attest zu liefern, zwar nicht als eine unbetagte angesehen werden kann, doch aber auch nicht so aufgefaßt werden darf, wie Beklagter es will, nämlich dahin, daß er erst zu liefern habe, nachdem exportirt worden sei, und daß die Zeit, wann er exportiren wolle, seinem Belieben anheimgegeben sei;

da vielmehr die Verpflichtung des Beklagten das Attest des Oesterreichischen Consuls in Hamburg über den geschehenen Export beizubringen, eine von ihm übernommene Verpflichtung von Hamburg aus zu exportiren nothwendig voraussetzt, danach aber dem Ausdruck seiner Zeit keine andere Bedeutung eingeräumt werden kann, als die, daß das Attest nach beschafftem Export geliefert werden solle, während die von ihm übernommene Verpflichtung, die Gewehre von Hamburg aus zu exportiren, da Beklagter sich keine Frist ausbedungen, von ihm während eines modicum tempus, wie er solches zur Verschiffung bedurfte, zu erfüllen war;

da eine solche angemessene Frist aber jetzt nach einem Jahre längst verstrichen und somit die Conventionalstrafe um so mehr für verfallen erachtet werden muß, als Beklagter von seinem Rechte, sich durch Lieferung des Export-Attestes vor der Litiscontestation von der stipulirten Strafe zu befreien, keinen Gebrauch gemacht hat,

cfr. l. 84 Dig de verborum obligat.
Schweppe, das röm. Privatrecht III., S. 327,
Vangerow, Pandekten III., S. 337,
Erkenntniß des Obergerichts in Lübeck in der Bremer Sache Wilke c. Fürstenow, vom 10. März 1857:

daß Beklagter schuldig sei, dem m. n. Kläger die eingeklagten 5000 fl. Oesterr. Währ. nebst Zinsen vom Klagetage und den Kosten innerhalb acht Tagen s. p. exec. zu bezahlen.

Obergericht.

No. 28.

In Sachen Proc. Dorn m. n. J. C. W. Zinkernagel gegen N. H. Kallmes m. n. Adolph Danziger (cf. No. 20 der Gerichts-Zeitung, Niedergericht No. 16) hat das Obergericht am 4. Juli das Erkenntniß des Niedergerichts lediglich bestätigt.

No. 29.

In Sachen J. Ph. Rée gegen Suse & Schnars (cf. No. 16 der „Gerichts-Zeitung," Handelsgericht No. 29) hat das Obergericht am 11. Juli erkannt:

Da die Bestimmung der Schlußnote

disponible im Juli a/St. 1861 und abzunehmen bis spätestens ult. Juli a/St. 1861

nach Sinn und Wort keine andere Deutung zuläßt als die, daß der Verkäufer die Waare vom Beginn des Juli Monates an zur Lieferung bereit zu halten habe;

da selbst wenn eine überwiegende Mehrzahl hiesiger, in dem in Rede stehenden Verkehr Betheiligter, sich eine abweichende Deutung jener Bestimmung angeeignet haben sollte, dennoch dem Kläger nicht angesonnen werden dürfte, eine solche, mit dem Wortlaute und mit dem gesammten innern Zusammenhange seines Contractes im Widerspruche stehende Gewöhnung als rechtsverbindlich anzuerkennen;

da auch eine klägerische Anerkennung jener Deutung aus den von Beklagten geltend gemachten Momenten nicht zu entnehmen ist, indem:

1) die der Schlußnote nicht entsprechende Fassung des vom Kläger entgegengenommenen Auslieferungsscheines vom Kläger füglich so verstanden werden konnte, wie sie vom Handelsgericht interpretirt worden ist, und jedenfalls nicht genügte, das erworbene Recht des Klägers zu verkümmern;

2) die Bezugnahme auf eine „eventuell" verzögerte Lieferung im Briefe vom 12. August sich einfach daraus erklärt, daß eine noch etwa

nachfolgende verzögerte Lieferung im Verhältnisse zu der in erster Reihe vorausgesetzten Nichtlieferung allerdings nur eine Eventualität bildete, während andrerseits gerade dieser Brief, der darüber Beschwerde führt, daß nach dem jüngsten, hier am 31. Juli a/St. vorhandenen Nachrichten aus Petersburg, noch nicht geliefert war, ganz unzweideutig zu erkennen giebt, daß Kläger auf das richtige Verständniß der Schlußnote insistirte;

3) ein abermaliger Vorbehalt bei Quittirung des Auslieferungsscheines durch den Protest des Empfängers vom 20. Juli a/St. und den in demselben enthaltenen Vorbehalt namentlich auch wegen Liegegelder, überflüssig geworden war;

da endlich gegen die im Erkenntnisse a quo angeordnete Repartition der 400 ℛ︀, kraft welcher 250 ℛ︀ auf die zehn Tage bis zum 30. Juli a/St. gerechnet worden sind, keine Beschwerde erhoben ist, die event. Beschwerden wegen der Beweislast rücksichtlich der Tage vom 31. Juli bis 12. August, und wegen der Beweisnachlassung rücksichtlich der Tage vom 13. bis zum 18. August aber unbegründet sind,

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 12. April d. J., unter Verwerfung der wider dasselbe erhobenen Beschwerden, zu konfirmiren.

Die Kosten der Appellations-Instanz werden kompensirt.

No. 30.

In Sachen G. Fraustädter & Co. gegen A. Kosow (cf. No. 23 der „Gerichts-Zeitung," Handelsgericht No. 41) hat das Obergericht am 11. Juli erkannt:

Da in Fällen der vorliegenden Art die Angabe des Schiffes oder Schiffers zunächst nur den Zweck hat, das Kaufobjekt zu individualisiren, wogegen die darin zugleich enthaltene Erklärung, daß der bezeichnete Schiffer den Transport besorgen werde, sich als eine Nebenbestimmung darstellt;

da jedoch nicht angenommen werden kann, daß die Ankunft der Waare mit demselben Schiffe als Bedingung für die Rechtsgültigkeit des Geschäfts zu betrachten sei, indem diese Auffassung dahin führen würde, daß auch der Verkäufer bei einer ohne sein Zuthun erfolgten Umladung wegen Nichteintritts der Bedingungen von seiner contractlichen Verpflichtung befreiet wäre, ein Resultat, welches mit der Intension der Parteien entschieden im Widerspruche stände;

da mithin die Bestimmung, welche im § 2 der Usancen für den ohnehin völlig verschiedenen Fall eines Totalverlustes des Schiffes getroffen ist, für die rechtliche Beurtheilung einer Umladung und deren Folgen keinen geeigneten Anhaltspunkt bietet;

da unter diesen Umständen eine Aenderung der handelsgerichtlichen, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechenden Entscheidung nur dann eintreten könnte, wenn ein bestimmter gewohnheitsrechtlicher Satz bestände, wonach der Käufer die Annahme der Waare verweigern dürfte, falls die Umladung — von etwaigen Nothfällen abgesehen — ohne seine Einwilligung erfolgte;

da jedoch eine derartige vom Beklagten in erster Instanz überall nicht behauptete Usanz auch aus dem jetzt beigebrachten Parere nicht zu entnehmen ist, indem die Angabe, daß der Käufer zur Verweigerung der Annahme befugt sei, wenn bei dem Mangel eines besonderen Vorbehalts in der Schlußnote

a) kein Nothfall zu der Umladung nöthigte oder
b) keine Anzeige von der stattgehabten Umladung gemacht wurde,

zwar bezüglich des Satzes sub a durchaus verständlich erscheit, wogegen es völlig dunkel bleibt, ob und welcher Rechtssatz in der Bemerkung sub b enthalten sein soll, in Erwägung,

daß der Käufer, wenn er auf erfolgte Anzeige nicht widerspricht, sondern stillschweigend consentirt, die Waare stets annehmen muß, weil er die Umladung genehmigte,

daß aber, abgesehen von solcher Genehmigung, zunächst nur entscheidend sein kann, ob der Ver-

käufer sein Recht, die Abnahme zu verlangen, durch die Umladung selbst verloren habe oder nicht,

daß im Bejahungsfalle, also namentlich dann, wenn die Umladung mit Genehmigung des Verkäufers erfolgte, selbstverständlich das verwirkte Recht nicht durch eine nachträgliche einseitige Anzeige wieder aufleben kann,

daß dagegen im Verneinungsfalle, also bei reiner Eigenmacht des Schiffers, nicht einzusehen ist, wie dem Verkäufer, welcher begreiflich einen ihm unbekannten Vorfall auch nicht anzuzeigen vermag, aus der Nichtanzeige ein Präjudiz erwachsen könne;

da hiernach die fragliche Aeußerung zu vage und allgemein ist, um darin die Behauptung eines selbstständigen Rechtssatzes finden zu können, vielmehr jedenfalls in Bezug auf die thatsächliche Voraussetzung der angeblichen Usanz eine nähere Bestimmung und Ergänzung erforderlich gewesen wäre:

daß unter Verwerfung der unbegründeten Appellation und unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz das angefochtene Erkenntniß der ersten Kammer des Handelsgerichts vom 8. Mai d. J. hiemit bestätigt werde.

No. 31.

In Sachen N. Joachimson gegen A. A. von Harlessem in Vollmacht der ersten See-Assecuranz-Compagnie in Harburg (cf. No. 20 der „Gerichts-Zeitung,“ Handelsgericht No. 35) hat das Obergericht am 11. Juli erkannt:

da, wenngleich es im Allgemeinen seine Richtigkeit hat, daß der Versicherer die Gefahr des Transports von Gütern an das zu deren Weiterbeförderung bestimmte Schiff, wenn dieser Transport von einem anderen Orte erfolgt, als dem in der Police angegebenen Abgangsorte des Schiffes, nur dann zu tragen habe, wenn derselbe diese Gefahr ausdrücklich übernommen hat, die Anwendung dieses Grundsatzes auf den vorliegenden Fall dennoch einigermaßen zweifelhaft erscheinen kann, indem Hamburg und Altona notorisch in so engen Verhältnissen stehen, daß eine von der allgemeinen Regel abweichende Usanz, welche klägerischer Seits mit genügender Bestimmtheit behauptet, sehr wohl denkbar ist und demnach dem Kläger der desfallsige Beweis nicht abgeschnitten werden kann:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 1. Mai d. J., seiner dereinstigen Wiederherstellung unbeschadet, für jetzt wieder aufzuheben und dem Kläger in einem gerichtsseitig anzuberaumenden Termine — dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — annoch der Beweis aufzuerlegen sei:

daß nach hierorts bestehender Usanz bei Güterversicherungen ab Hamburg der Versicherer die Gefahr des Transports der Güter an das zu deren Weiterbeförderung bestimmte im hiesigen Hafen liegende Schiff, auch dann zu tragen habe, wenn dieser Transport von Altona aus erfolgt.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 30. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 26. Juli.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: **Handelsgericht:** Dr. Wex c. Köhn. — Pego & Co. c. Engel. — **Obergericht:** Jahraus c. Zielursch. — **Präturen:** Dr. Wex c. Dr. Bonfort.

Handelsgericht.

No. 60.

Zweite Kammer. Audienz vom 16. Juli 1862.
Präses: Herr Dr. Lehmann. Richter: die Herren Krönig und Siemssen.

Dr. Wex m. n. Julius Klein in Königsberg gegen J. A. C. Köhn (Dr. Ruhle).

Der Kläger führt aus: Er habe im April d. J. vom Beklagten ca. 1000—1200 Centner Schmelz- und Schmiedeeisen, frei von Guß, Weißblechen, Brandeisen und Schmutz, in Königsberg zu liefern, zu 48 Sgr. pr. Centner, gegen 3 Monats-Accept gekauft. Mit Brief vom 29. April habe Beklagter ihm die Factura über 1196 Centner 13 Pfund Netto zum Betrage von ℛ 1352. 28 Sgr. übersandt. Als die Ladung aber in Königsberg angekommen, habe es sich gezeigt, daß dieselbe trotz der contractlichen Bestimmung und der gegentheiligen Versicherungen des Beklagten aus Gußeisen, Weißblechen, Brandeisen und Schmutz bestand, daß kaum einige Theile Schmiedeeisen und nur ein kleiner Theil, noch dazu schlechtes und werthloses, Schmelzeisen war. Er habe ausweise Protocolls des Königsberger Handelsgerichts (Anl. 12) sofort eine sachverständige Begutachtung der Waare veranlaßt und die Annahme der Ladung, an der außerdem ca. 50 Centner fehlten, in seinen Briefen vom 8. und 12. Juni (Anl. 14 und 15), refüsirt, indem er sofortige Rückerstattung der durch Tratte auf Moses & Baschnitz in Berlin geleisteten Zahlung sowie Vergütung seiner Auslagen verlangte und sich die Geltendmachung seiner Schadensansprüche vorbehielt. Der Beklagte sei jedenfalls verpflichtet, die gänzlich unempfangbare Waare gegen Erstattung des Kaufpreises und aller Kosten zurückzunehmen; und bitte er daher, denselben zu verurtheilen, ℛ 1352. 28 Sgr. sammt Zinsen vom 29. April ad depositum iudiciale zu bringen und ihn (Kläger) nach beschafftem Nachweise, daß die Tratte des Beklagten auf Moses & Baschnitz in Berlin am Verfalltage eingelöst worden, zur Erhebung dieser Summe zu befugen, auch den Beklagten in die Bezahlung von 134 ℛ 17 Sgr. Fracht und aller sonstigen Spesen und Kosten zu verurtheilen, sowie ihm (Kläger) alle Schadensansprüche wegen der Contractbrüchigkeit des Beklagten vorzubehalten.

Der Beklagte entgegnet: Das Geschäft sei allerdings so abgeschlossen, wie jenseits angegeben worden; er habe aber völlig den verabredeten Bestimmungen gemäß geliefert. Es sei beim Wägen und Einladen der Waare, so weit möglich, alles Brandeisen, Guß, Weißblech und Schmutz sorgfältig entfernt worden. Altes Schmelz- und Schmiedeeisen ganz frei von diesen Dingen zu liefern, sei geradezu unmöglich und

sei daher die Clausel „frei von Guß u. s. w." keineswegs buchstäblich zu nehmen. Er berufe sich dafür auf ein Attest von sechs beeidigten Maklern (Anl. A), welches besage, daß die Vermischung mit „ein paar Procent" Weißblech u. s. w. nie zu vermeiden sei. Er müsse aber bestreiten, daß im vorliegenden Falle mehr als diese unvermeidlichen paar Procent vorhanden seien, und demgemäß behaupten, völlig empfangbare Waare geliefert zu haben. Letzteres ergebe sich auch aus einem Attest des Lübecker Kaufmanns J. H. Oldorff (Anl. B), worin dieser die in Frage stehende, von ihm zum Zwecke des Ankaufs besichtigte, Ladung für „gewöhnlich empfangbares altes Schmelz- und Schmiedeeisen" erkläre. Allerdings habe die Ladung nicht vorwaltend Schmiedeeisen enthalten; das habe der Kläger aber auch nicht erwarten dürfen, da der stipulirte Preis von 48 Sgr. pr. Centner der billigste sei, der für altes Schmelz- und Schmiedeeisen bezahlt zu werden pflege. Die Klage sei als eine actio redhibitoria anzusehen; eine solche verlange aber erhebliche Mängel der Waare, und da solche hier jedenfalls nicht vorlägen, sei der Kläger sofort abzuweisen. — Eventuell sei das in Anl. 12 enthaltene, vom Kläger s. g. Gutachten aus formellen Gründen ohne jede Beweiskraft: die Sachverständigen seien ohne seine (des Beklagten) Mitwirkung ernannt, nicht beeidigt und er nicht mit seinen Einreden gegen dieselben gehört worden. Ferner werde nicht einmal das Verhältniß des Weißblechs u. s. w. zum Nutzeisen in der fraglichen Ladung angegeben, worauf es ja gerade ankomme. Was das Manco von 50 Centner betreffe, so sei richtig und gut eingewogen worden; auf dem Transport, namentlich beim Ein- und Ausladen, gehe jedoch stets eine vorher nicht zu berechnende Quantität verloren. Falls dieselbe hier wirklich so viel betrage, müsse er selbstverständlich Ersatz dafür leisten. Keinenfalls könne wegen dieses Mancos die Waare aufgeschossen werden, denn es seien 1000—1200 Centner verkauft und weit über 1000 Centner geliefert. Eventuell hätte der Kläger das Eisen sortiren lassen und das gute empfangen müssen, indem er lediglich das sich dazwischen befindende Gußeisen, Brandeisen, Weißblech und Schmutz aufschoß.

Der Kläger replicirt: Es sei mit der actio redhibitoria geklagt und komme es deshalb auf das Verhältniß des Werthes, den die Waare im jetzigen Zustande habe, und desjenigen, welchen sie bei der Einladung in Hamburg gehabt haben möge, gar nicht an. Der Beklagte habe nicht geliefert, was er nach ausdrücklicher Zusage zu liefern verbunden war; er (Kläger) habe also gewiß das Recht, wegen wesentlicher Mängel, die er erst bei Ankunft der Waare entdecken konnte, das Geschäft rückgängig zu machen. Es frage sich höchstens noch, ob er die Contractwidrigkeit der Waare durch das bisher Beigebrachte schon bewiesen habe, und dies habe er allerdings durch das von ihm producirte, auf Anordnung des zuständigen Gerichts abgegebene Gutachten (Anl. 12). Den vom Gegner producirten Attesten mangele jede Beweiskraft und seien dieselben der ausdrücklichen Zusage des Beklagten gegenüber ohne Bedeutung. Das Verlangen, daß er das Weißblech u. s. w. aus der Ladung hätte heraussuchen sollen, sei inept und factisch unausführbar; jedenfalls existire keine dahin gehende Verpflichtung des Empfängers.

Erkannt:

Da hier von einer eigentlichen Redhibition gar nicht die Rede sein kann,

(cfr. Brinckmann, Handelsrecht § 27)

sondern eine in genere bestellte Waare vom Verkäufer individualisirt und dem Käufer auf dessen Gefahr übersandt worden, wodurch das Geschäft nicht in einen Contract über eine bestimmte species verwandelt ist, sondern der Verkäufer die abgeladenen Waaren nur zur Erfüllung der obliegenden generischen Leistung angeboten hat, während der Käufer eine bindende Erklärung, ob die offerirte Leistung dem Contracte entspreche, erst bei der Ankunft der Waare abzugeben hatte und die Annahme der Connossemente, die Acceptleistung für den Kaufpreis und die Frachtzahlung nur unter der Voraussetzung geschehen sind, daß der Verkäufer seinen Verbindlichkeiten wirklich Genüge geleistet habe,

cfr. O.-G.-Erkenntniß in Sachen Dr. Donnerberg c. Rée, vom 28. Juni 1861,*)

da es bei solcher Sachlage dem Käufer zwar oblag, den Zustand der Waare bei Ankunft alsbald zu constatiren und seine Weigerung der Annahme der Waare als einer contractswidrigen rechtzeitig dem Absender anzuzeigen,

(cfr. Brinckmann loco cit.),

*) Vgl. „Gerichts-Zeitung" von 1861, No. 13, S. 102 ff.

den Verkäufer aber, welcher sich die Stellung der Waare zu seiner Verfügung nicht gefallen lassen will, der Beweis trifft, daß dieselbe den contractlichen Vorworten entsprechend abgeladen sei,

(cfr. Kravel, von der Beweislast, Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 7, Abth. X., Pag. 427, und das O.-G.-Erkenntniß),

da nun durch die Anl. 12 hinreichend dargethan ist, daß der Käufer durch gehörige Constatirung des Befundes bei Ankunft der Waare in gutem Glauben aufgeschossen habe,

(cfr. H.-G.-Erkenntniß in der angeführten Sache Dr. Donnerberg c. Rée),

auch seine Reclame Anl. 14 rechtzeitig erhoben ist, dem Verkäufer aber neben dem Beweis, daß die Waare in Qualität und Beschaffenheit mit dem gegebenen Versprechen bei der Abladung stimmte, der Beweis der event. behaupteten Regel nachzulassen ist, daß bei einem Handel über altes Schmelz- und Schmiedeeisen nach auswärts frei von Guß, Weißblechen, Brandeisen und Schmutz, der Käufer verpflichtet sei, nach Aussonderung der contractswidrigen Waare denjenigen Theil der Abladung zu empfangen, welcher der contractlichen Beschaffenheit entspricht:

daß, unter Aussetzung der Entscheidung über das Manco und den Schmutz bei der Ankunft, welche mit der Gefahr der Reise unverkennbar zusammenhängen, Beklagter den Beweis,

daß das fragliche Eisen bei der Abladung der Beschreibung: altes Schmelz- und Schmiedeeisen, frei von Guß, Weißblechen, Brandeisen und Schmutz entsprochen habe,

zu führen und vorbehältlich klägerischen Gegenbeweises innerhalb vier Wochen bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig.

Und wird demselben, falls solcher Beweis verfehlt wird, salva reprobatione auch der Beweis nachgelassen:

daß beim Handel in altem Schmelz- und Schmiedeeisen nach auswärts, frei von Guß, Weißblechen, Brandeisen und Schmutz, der Käufer nach Aussortirung der contractswidrigen Waare den Rest empfangen müsse.

Auf die provisorischen Sicherheits-Anträge des Klägers, welchem ein Retentionsrecht an der Waare zusteht, ist wenigstens jetzt nicht einzugehen; die Benutzung der producta im Beweisverfahren wird aber beiden Theilen reservirt.

No. 61.

Zweite Kammer. Audienz vom 9. Juli 1862.
Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Krönig und Siemssen.

H. Pego & Co. (Dr. G. Hertz) gegen F. A. Engel (Dr. Noack).

Pego & Co. haben am 22. Juni 1861 bei L. Behrens & Söhne einen Arrest auf das Guthaben von Engel legen lassen. Die auf impetrantische Citation erfolgte Anzeige der Befehlsträger ließ es zweifelhaft erscheinen, ob dieselben überhaupt etwas für Engel in Händen hatten. Auf Grund dieser Anzeige opponirte der Impetrat die Einrede der Incompetenz, da das Handelsgericht nur dann competent sein würde, wenn es feststände, daß Behrens & Söhne wirklich ein Arrestobject für ihn in Händen hätten. Es wurde deshalb den Impetranten durch Bescheid vom 4. Novbr. 1861 auferlegt, diesen Punkt, der für die Competenz des Handelsgerichts präjudiciell sei, aufzuklären. In Folge dessen leiteten dieselben ein Adcitationsverfahren gegen Behrens & Söhne ein, welches mit der Verurtheilung der Letzteren schloß, für den Impetraten in ihren Händen befindliche Bco℔ 1744. 4 ß zum gerichtlichen Depositum zu bringen. — Auf Grund dieser Entscheidung nun beantragen die Impetranten die Verwerfung der vom Beklagten vorgeschützten Einrede der Incompetenz und die Verurtheilung desselben, sich auf die Sache selbst einzulassen.

Der Beklagte entgegnet: Das auf Grund des gegen L. Behrens & Söhne eingeleiteten Adcitationsverfahrens ergangene Erkenntniß sei für seine Rechte, da er an jenem Verfahren keinen Theil genommen habe, nicht maßgebend, und sei es daher gleichgültig, ob das zwischen den Klägern und den Adcitaten rechtskräftige Erkenntniß annehme, daß Erstere das Arrestobject in Händen hätten. Ihm gegenüber stehe diese Thatsache

also durchaus nicht fest. Er bestreite dieselbe und sei deshalb die Klage wegen Incompetenz abzuweisen. Eventuell opponire er die Einrede der Collusion. Er habe den Befehlsträgern Behrens & Söhne vor Anlegung des Befehls den Auftrag ertheilt, sein Guthaben zur Disposition des Hauses Drake, Kleinwort & Cohen zu halten. Der Kläger aber habe die Ersteren durch das Versprechen, ihnen und A. W. Gorrissen (welche den fraglichen Betrag von Bco℔. 1744. 4 ß für Rechnung des Beklagten an Behrens & Söhne zugeschrieben hatten) für alle Folgen aufzukommen, bewogen, dem Mandate des Beklagten zuwider zu handeln.

Erkannt:

da solche Sachen und Forderungen, bei denen es gewiß ist, daß dem Schuldner kein Recht darauf zusteht, nicht mit Beschlag belegt werden dürfen,

da ferner eine formelle Wahrheit im Civilprocesse hinsichtlich des rechtskräftig Entschiedenen nur unter den Personen entsteht, welche an die frühere Proceßführung gebunden sind,

(cf. Sintenis Civilrecht I. §. 34 p. 338 ff.)

der Impetrat aber eben so selbstständig dem Impetranten gegenübersteht wie der Adcitat,

da also jener eine unrichtige Erklärung des Adcitaten ebenso wenig gegen sich gelten zu lassen braucht, wie etwa die rechtskräftige Contumaz des Adcitaten dem Impetraten präjudiciren kann,

da folglich nicht einmal die rechtskräftige Feststellung gegen den Adcitaten, ein Arrestobject für den Impetraten in Händen zu haben, die Beweislast zwischen dem letzteren und dem Impetranten verändern darf, sondern es demjenigen, der einen Arrest prosequirt, obliegt, bei erfolgter Negation des Impetraten, daß ihn das Arrestobject concernire, darzuthun, daß es zum Vermögen des Impetraten gehöre,

wogegen es dem Impetraten unbenommen sein muß, den Beweis seiner Einrede des dolus zu erbringen, im vorliegenden Falle dahin, daß die von Gorrissen für ihn an die Adcitaten abgeschriebene Summe den Adcitaten ausbezahlt worden nur unter der Garantie des Impetranten, Gorrissen und event. die Adcitaten schadlos zu halten für das Zuwiderhandeln gegen das vor Anlegung des Befehls ertheilte impetratische Mandat, solchen Betrag zur Disposition von Drake, Kleinwort & Cohen zu stellen,

da auch die jetzige Begründung der Einrede der Incompetenz nicht durch die frühere impetratische Duplik als abgeschnitten angesehen werden kann, weil nach Inhalt des ganzen früheren impetratischen Vorbringens offenbar die Existenz eines Arrestobjectes constant geleugnet ist, auch das Erkenntniß vom 4. November 1861 nur als proceßleitender Bescheid angesehen werden kann:

daß vorgängig Impetraten darzuthun schuldig:

daß Adcitaten die angeblich für Impetraten in ihren Händen befindlichen Bco℔. 1744. 4 ß wirklich für denselben besitzen,

und solchen Beweis, unter Vorbehalt der Benutzung der Acten des Adcitationsverfahrens und des Gegenbeweises für den Impetraten innerhalb 8 Tage bei Verlust der Beweisführung anzutreten haben und wird dem Impetraten, unter gleichem Vorbehalt des Gegenbeweises für die Impetranten, der Beweis der Einrede der Collusion dahin nachgelassen:

daß O. W. Gorrissen die gedachte Summe den Adcitaten nur unter Garantie der Impetranten abgeschrieben habe, ihn und event. die Adcitaten schadlos zu halten für das Zuwiderhandeln gegen das rechtzeitige impetratische Mandat, solchen Betrag zur Disposition von Drake, Kleinwort & Cohen zu stellen,

welchen derselben in gleicher Frist und unter gleichem Präjudiz anzutreten schuldig.

Obergericht.

No. 32.

In Sachen H. Jahraus gegen K. A. Ziekursch (cf. No. 23 der „Gerichts-Zeitung," Niedergericht No. 17) hat das Obergericht am 11. Juli das Erkenntniß des Niedergerichts lediglich bestätigt.

Prätturen.

No. 13.

Zweite Prätur. Prätor: Herr Dr. Ullrich.

Dr. Wex m. n. J. F. Matthias in Berlin gegen Dr. Bonfort als verantwortlichen Redacteur der Zeitung: „das neue Hamburg."

Im Jahre 1861 hatte in Hamburg ein Schwindler Z. unter dem Namen Matthias verschiedene Betrügereien gegen einen Hamburgischen Kaufmann verübt, und wurde in Folge eines Irrthums auf Requisition der Hamburgischen Polizei-Behörde der Kläger in Berlin verhaftet. Eine in Hamburg erscheinende, vom Beklagten redigirte Zeitung hatte jener Zeit mitgetheilt, der Kläger habe in Hamburg verschiedene Schwindeleien verübt und sei deshalb verhaftet worden. Auf Grund dieser Notiz verlangt Kläger mit der Injurienklage eine Satisfactionssumme von Bco✠ 1000, indem er die Schwere der angeblich ihm zugefügten Injurie durch die Verbreitung derselben in einer gelesenen Zeitung namentlich erhöht erachtet.

Beklagter wendet ein: Der incriminirte Artikel sei nicht von ihm selbst verfaßt, sondern rühre von einem Berichterstatter seiner Zeitung her, der die betreffende Mittheilung aus der gewöhnlichen Quelle derartiger Neuigkeiten, dem Bureau der Polizei-Behörde, geschöpft habe. Bei der großen Zuverlässigkeit des betreffenden Berichterstatters und in Erwägung des Umstandes, daß ein ähnliches Referat in den gelesensten Zeitungen Berlins enthalten gewesen, habe er die Aufnahme des Artikels nicht beanstanden können. Unter diesen Umständen könne von einem animus injuriandi seinerseits gewiß keine Rede sein und erscheine mit dem Wegfalle dieser wesentlichen Voraussetzung der Injurienklage der gegnerische Anspruch schon von vorn herein als unzulässig cf. L. 5 Cod. 9. 35. Sodann aber habe er bereits in der folgenden Nummer seiner Zeitung jenen Artikel vollkommen widerrufen, indem er den vorgefallenen Irrthum mitgetheilt habe; durch einen sofort nach der Beleidigung oder doch vor der Litiscontestation erfolgten Widerruf werde nun aber die Strafbarkeit der Beleidigung aufgehoben; indem nach bereits erfolgtem Widerrufe sowohl eine recantatorische als auch eine ästimatorische Injurienklage unzulässig sei. Im schlimmsten Falle mache er geltend, daß die vom Kläger als Erschwerungsgrund hervorgehobene Aufnahme der angeblichen Injurie in einer Zeitung vielmehr als ein Milderungsgrund angesehen werden müsse, da es der Redaction eines Tagesblattes häufig gar nicht möglich sei, sich vor Irrthümern zu hüten, und man von einer solchen nicht mehr verlangen könne als Prüfung der Zuverlässigkeit ihrer Quellen, Enthaltung beleidigender Commentare und loyale Zurücknahme etwaiger Mißgriffe. Daher könne abseiten einer Zeitung, wie die vom Beklagten redigirte, deren Tendenz im Gegensatz zu anderen Hamburgischen Tagesblättern gerade dahin gehe, sich von allen persönlichen Anzapfungen fern zu halten, ein einmaliger, sofort verbesserter Irrthum nicht strafbar erscheinen.

Kläger entgegnet: Ob Beklagter den in Rede stehenden Artikel selbst verfaßt habe oder nicht sei vollkommen irrelevant, da selbstverständlich Beklagter als verantwortlicher Redacteur den Inhalt seiner Zeitung in jeder Beziehung zu vertreten habe, es auch seine Pflicht sei, bei Aufnahme derartiger Artikel, durch welche die Ehre eines bisher unbescholtenen Mannes vernichtet werde, die äußerste Vorsicht aufzuwenden, nun aber Beklagter es an dieser durchaus habe fehlen lassen, indem er den fraglichen Artikel zu einer Zeit gebracht habe, in welcher der Hamburger Polizei bereits seit mehreren Tagen von Berlin aus mitgetheilt worden, daß Kläger leugne, jemals in Hamburg gewesen zu sein. Der gegnerische Versuch, einen animus injuriandi von sich abzulehnen, erscheine unter den vorliegenden Umständen vollkommen hinfällig, denn der animus injuriandi bestehe in dem Bewußtsein, daß eine vorgenommene Handlung oder gemachte Aeußerung die Ehre des Betreffenden verletzen müsse, wobei es nicht darauf ankommen könne, ob diese Kränkung der eigentliche Zweck der Handlung sei. Die vom Beklagten angeführte L. 5 Cod. 9. 35 spreche bei richtigem Verständniß in keiner Weise für die beklagtische Ausführung. Ebenso irrelevant sei die Berichtigung des Irrthums in der folgenden Nummer der beklagtischen Zeitung, indem durch einen Widerruf das durch die Verletzung selbst begründete Recht des Beleidigten nicht ohne Weiteres wieder aufgehoben werden könne. Daß endlich die Verbreitung einer Injurie in einer öffentlichen Zeitung die Schwere derselben be-

deutend erhöhe, sei durch vielfache Präjudicate ausgesprochen worden.

Die Prätur erkannte am 2. Juni:

da der incriminirte Artikel in No. 12 des „neuen Hamburg" sich nicht darauf beschränkt, die Verhaftung des klägerischen Mandanten zu melden, auch nicht etwa nur als die Ursache derselben, einen Verdacht, daß der klägerische Mandant sich der in dem Artikel angeführten Schwindeleien und Unrechtfertigkeiten schuldig gemacht, angiebt, sondern vielmehr in ganz positiver Weise und ohne irgend welchen Vorbehalt den durch Angaben seiner Berufsverhältnisse und seines Namens bestimmt bezeichneten klägerischen Mandanten der gedachten verbrecherischen Handlungen bezüchtigt.

Da diese in einem öffentlichen Blatte ausgesprochene und geständlich falsche Beschuldigung unzweifelhaft den Thatbestand einer schweren Injurie bildet, für welche der Beklagte als verantwortlicher Redacteur des „neuen Hamburg", unangesehen, ob der Artikel von ihm selbst verfaßt worden oder nicht, aufzukommen hat,

da auch der animus injuriandi im rechtlichen Sinne nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Beklagte die gegen den klägerischen Mandanten gerichtete Beschuldigung für wahr hielt und resp. nach den von ihm angeführten Umständen sich berechtigt erachtete, in die Wahrheit derselben keinen Zweifel zu setzen, indem die Annahme des animus injuriandi nur voraussetzt, daß Jemand wissentlich etwas gethan, was den Andern zu beleidigen geeignet ist, mochte auch seine Absicht nicht speciell auf Beleidigung gerichtet sein, nun aber Beklagter über die höchst beleidigende Natur jener Beschuldigung, falls sie der Wahrheit nicht gemäß sein sollte, nicht in Zweifel sein konnte,

da es demnach die Sache des Beklagten, falls er sich nicht event. einer schweren Beleidigung des klägerischen Mandanten schuldig machen wollte, gewesen wäre, dem fraglichen Artikel nicht die vorhin hervorgehobene Fassung zu geben oder zu belassen, der gegenüber er sich allein mit der Einrede der Wahrheit würde schützen können, wie denn auch die vom Beklagten für sich angerufene l. 5. C. de injur. (9, 35), ihrem richtigen Verständniß nach,

vergl. Walter im neuen Archiv für Civilrecht, Bd. IV., S. 284 f.

einer objectiven Injurie gegenüber nur die Einrede der Wahrheit zuläßt,

da auch der sog. Irrthum in der Person die Strafbarkeit der Beleidigung nicht aufhebt,

vergl. l. 18 § 3 D. de injuriis (47, 10)

übrigens auch insofern ein Irrthum in der Person gar nicht vorliegt, als Beklagter nicht zu bestreiten vermag, daß der Artikel wirklich der Person des klägerischen Mandanten gegolten; er vielmehr zu den gegen den letzteren gerichteten Beschuldigungen nur deshalb gekommen sein will, weil er ihn für identisch mit einem im vorigen Jahre hier aufgetretenen Schwindler gehalten, so daß also der Irrthum nicht die in dem Artikel vom Beklagten wirklich genannte Person, sondern den Grund, weshalb er ihr die fraglichen Unrechtfertigkeiten beigemessen, betrifft,

da ebensowenig der in No. 13 des „neuen Hamburg" erfolgte Widerruf den Beklagten zu befreien vermag, indem derselbe nach den Verhältnissen der Presse weder einer in continenti erfolgenden Revocation einer beleidigenden Aeußerung

(Feuerbach, Criminalrecht. Mittermaier, 14. Auflage, S. 479)

in seinen rechtlichen Wirkungen gleichgestellt werden kann, noch beklagtischer Seits hat behauptet werden können, daß der klägerische Mandant auf Grund jenes Widerrufs auf weitere Satisfaction verzichtet habe,

vergl. Erk. des N.-G. i. S. Hrn. Dris. C. W. Biesterfeld m. n. A. Becker c. J. F. Richter den 12. Juni 1857.

da auch die vom Beklagten p. 28 ff. Except. hervorgehobenen Verhältnisse der Presse im Allgemeinen zu einer mildernden Beurtheilung der hier vorliegenden Injurie nicht führen können, indem es sich hier nicht etwa um einen auf Belehrung oder Förderung höherer Interessen gerichteten Artikel (bei dem allerdings ein unabsichtlicher Verstoß nachsichtiger zu beurtheilen sein möchte), sondern um Mittheilung einer Tagesneuigkeit oder sog. Polizeinotiz handelt, nun aber eine Erleichterung und Beförderung solcher lediglich auf Unterhaltung des Pub-

likums berechneten Artikel durch mildere gerichtsseitige Beurtheilung der dabei unterlaufenden für dritte Personen beleidigenden Unwahrheiten in keiner Weise beansprucht werden könneh;

da nicht minder die die Persönlichkeit des klägerischen Mandanten betreffenden Anführungen p. 25—29 except. auf die Aestimation der hier fraglichen Injurie ohne Einfluß bleiben müssen, indem die lediglich auf die Anl. G gestützten Vorwürfe, Angesichts der Anl. 5 und 6 als keineswegs erwiesen gelten können, auch über die dem klägerischen Mandanten vorgeworfene Annahme eines ihm nicht zustehenden Titels und seine zweimalige Bestrafung wegen öffentlicher Beleidigung beklagtischer Seits nichts Näheres angeführt worden und demnach auch nicht beurtheilt werden kann, ob etwa die jene Handlungen begleitenden Umstände die existimatio des klägerischen Mandanten in solchem Grade zu mindern geeignet waren, daß deshalb selbst die hier vorliegende Beschuldigung gemeiner Verbrechen, weil gegen den klägerischen Mandanten gerichtet, milder zu beurtheilen wäre, so daß daher auch die fraglichen Anführungen zu einer Beweisnachlassung für den Beklagten nicht führen können,*)

da aber andererseits die Behauptung der Replik p. 41, daß Beklagter die Unwahrheit der Beschuldigung bereits bei Abfassung des Artikels gewußt, weder durch das von ihm desfalls Replik p. 37 ff. Angeführte erwiesen wird, noch sonst irgendwie glaubhaft erscheint, da demnach die hierin gefundene Erschwerung der Injurie wegfällt;

da ferner insbesondere der Umstand strafmildernd in Betracht kommt, daß die hiesige Polizei-Behörde bei der Beantragung der sofortigen Verhaftung des klägerischen Mandanten denselben als den unzweifelhaften Urheber der fraglichen Unrechtfertigkeiten betrachtete und Beklagter somit einigermaßen entschuldigt erscheint, wenn er dem Irrthum dieser Behörde folgend sich zu einer in ihrer positiven Fassung gleichfalls irrigen Mittheilung verleiten ließ, während die p. 34 repl. aufgestellte Behauptung, daß die Zweifelhaftigkeit jener Annahme der hiesigen Polizei-Behörde dem Beklagten oder seinem Berichterstatter bei Abfassung des incriminirten Artikels bereits bekannt gewesen, auf dem unzutreffenden Schlusse beruht, daß, weil die fragliche Notiz in polizeilichen Mittheilungen ihre Quelle gehabt, der Beklagte oder sein Berichterstatter nothwendig auch von dem bei der Polizei-Behörde angeblich am 4. Jan. eingegangenen Telegramm der Berliner Staatsanwaltschaft Kenntniß gehabt haben müsse,

da auch in einem mindestens analogen Fall i. S. Hrn. Dris. Biesterfeld m. n. E. J. Jonas c. L. Menck, Samml. der O.-A.-Gerichtl. Erk. in Hamb. Rechtssachen, Bd. III., S. 268 ff. das N.-G. und das O.-A.-G. den Umstand, daß die injuriöse Beschuldigung nicht von dem Beklagten selbst ausgegangen, sondern von demselben nur adoptirt und weiter verbreitet worden, als Grund zu einer milderen Beurtheilung angesehen haben, auch die zu Ungunsten des jetzigen Beklagten bestehende Verschiedenheit beider Fälle, daß nämlich Beklagter anscheinend zuerst in einem öffentlichen Blatte die fraglichen Beschuldigungen in ihrer Eingangs hervorgehobenen positiven Fassung gegen den klägerischen Mandanten gerichtet, dadurch, daß er nicht etwa durch die unbeglaubigte Mittheilung eines andern Blattes, sondern durch den Irrthum einer Behörde zu der fraglichen Publication verleitet wurde, mehr als ausgeglichen wird, und deshalb im vorliegenden Falle die Satisfactionssumme etwas geringer festzusetzen, als dort geschehen:

daß Beklagter zu verurtheilen sei, dem m. n. Kläger in acht Tagen nach beschaffter besserer Legitimirung desselben für die dem klägerischen Mandanten in No. 12 des „neuen Hamburg“ zugefügte schwere Ehrenkränkung die Summe von B℔ 500 und die Prozeßkosten s. p. execut. zu bezahlen.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen beide Parteien ein Rechtsmittel, indem der Beklagte um Abweisung der Klage an das Niedergericht, der Kläger um Erhöhung der Satisfactionssumme bis zu B℔ 1000 an das Obergericht supplicirte. Der Kläger recusirte in seiner Supplik eine Anzahl der Richter des Obergerichts, da diese Actionaire und Mitarbeiter der vom Beklagten redigirten Zeitung seien.

Das Obergericht erkannte am 24. Juni:

da des m. n. Supplicanten Recusation derjenigen Mitglieder des Obergerichts, welche Actionaire der Zeitschrift „das neue Hamburg“ oder Mitarbeiter an demselben sind, zwar für rechtlich begründet nicht zu erachten, dieser Punkt sich indessen dadurch erledigt, daß alle Mitglieder des Gerichts, welche in der einen oder der andern der angegebenen Beziehungen zu der genannten Zeitschrift stehen, sich ihres Votums in der vorliegenden Sache begeben haben;

da der m. n. Supplicant sich darüber beschwert, daß der Herr Prätor in seinem Erkenntnisse contra quod vom 2. Juni d. J. den Beklagten nur in eine Satisfactionssumme von Bco℔ 500. und nicht vielmehr, wie klagend gebeten, in Bco℔ 1000. verurtheilt hat, mithin der Gegenstand dieser Beschwerde Bco℔ 500. beträgt,

da aber nach § 36 des provisorischen Gesetzes betr. Veränderung in der Organisation der Justiz vom 28. September 1861 gegen Prätur-Erkennt-

*) Die beiderseitigen Ausführungen über die Persönlichkeit des klägerischen Mandanten sind als irrelevant und zu weitläufig im Referate nicht berücksichtigt worden.

nisse nur in Sachen, wo die Beschwerdesumme über Bco℔ 500. beträgt, an das Obergericht supplicirt werden kann, und deshalb für die vorliegende Beschwerde das Obergericht nicht competent ist,

daß die Supplication als unstatthaft abzuweisen.

In Folge dieses Erkenntnisses richtete auch der Kläger seine Supplication an das Niedergericht, indem er anführte, daß durch Einlegung des Rechtsmittels bei einer höheren Instanz das Decendium behufs Einlegung desselben bei der zuständigen Instanz gewahrt sei. Das Niedergericht erkannte am 16. Juli:

da durch die Anrufung eines incompetenten Appellations-Gerichts das eingelegte Rechtsmittel nur dann desert wird, wenn das angerufene Gericht auf einer niedrigeren Rangstufe steht, als das eigentlich competente

(Appellatio ad majorem vel parem non nocet)
l. 1. §. 3. D. de appell. (49. 1.)
Bayer Vorträge über den Civilproceß (7. Aufl.) Pag. 630 ffg., Wetzell System des ordentl. Civilprocesses §. 56, Pag. 573, O.-A.-G. Urtheil in S. von Essen c. Ree, Hambg. Samml. Bd. 1, Abth. 2, Pag. 580 sub 3,

da somit die ursprüngliche Anbringung des vom m. n. Kläger ergriffenen Rechtsmittels der Supplication gegen das Erkenntniß der zweiten Prätur vom 2. Juni d. J. bei dem Obergericht und dessen dortige Zurückweisung wegen ungenügender Beschwerdesumme der jetzigen Verfolgung dieses Rechtsmittels vor dieser richtigen Instanz nicht im Wege steht,

da auch zu dieser Verfolgung die ausdrückliche Salvirung der jura decendii durch das angerufene Appellations-Gericht nicht erforderlich ist, weil wenn das Rechtsmittel überall nicht an das Obergericht erwachsen war, auch nicht diesem, sondern dem gegenwärtigen Gerichte die Entscheidung der Frage zustand, ob die Formalien des eingewendeten Rechtsmittels für salvirt zu erachten,

O.-A.-G.-Erkennt. in Hambg. S. l. c. und in S. Stolze c. Jacobson Bd. II. Abth. 2, Pag. 907/908,

da nun, wie sich aus den brevi manu requirirten Obergerichts-Supplications-Acten ergiebt, die Formalien des dort eingewendeten Rechtsmittels ordnungsmäßig beobachtet sind, auch die jetzt hier introducirte Supplication intra decendium vom Tage des das Rechtsmittel dort abweisenden Obergerichts-Decretes exhibirt worden ist, somit aber, ohne daß es der event. vom m. n. Kläger beantragten restitutio in integrum bedarf,

Bayer l. c.,

die Supplications-Frist und Supplications-Formalien ohne Weiteres für salvirt erachtet werden müssen,

da, soviel nun die beiderseitigen Beschwerden gegen das angefochtene Erkenntniß betrifft, die gänzliche Verwerfung der Einrede der fehlenden Absicht zu beleidigen und des stattgefundenen Widerrufs nach den in den Entscheidungsgründen adoptirten, in allen analogen Fällen von den hiesigen Gerichten constant zur Anwendung gebrachten Rechtsgrundsätzen vollständig gerechtfertigt erscheint,

— da, wenn ferner der zur Abmessung der Größe der Santisfactionssumme dort vorgenommenen Abwägung der Erschwerungs- und Milderungsgründe zwar im Uebrigen durchaus beigepflichtet werden muß, doch keinenfalls der Irrthum, in welchem die hiesige Polizei-Behörde bei der beantragten Verhaftung des Klägers versirte, für den Beklagten als ein irgend wesentlicher Milderungsgrund geltend gemacht werden kann, theils weil der Beklagte die Quelle, aus der er seine Mittheilung geschöpft haben will, gar nicht einmal angegeben hat und theils, weil die einstweilige Verhaftung des Klägers den Beklagten zwar zur Mittheilung dieser Thatsache befugen, nicht aber ihn wegen der von jeder näheren Constatirung des Falles öffentlich über den Kläger verbreiteten schweren und positiven Vorwürfe entschuldigen konnte,

da wenn einerseits der Wegfall dieses Milderungsgrundes eine entsprechende Erhöhung der Satisfactionssumme verlangt, doch andererseits nach Maßgabe ähnlicher Entscheidungen die von dem Kläger beantragte Summe zu hoch erscheint, da die in Sachen Herr Dr. Biesterfeld m. n. c. Richter dem Beklagten auferlegte Satisfaction theils wegen der viel größeren Verbreitung jenes Blattes und theils wegen der durch dasselbe damals häufiger verschuldeten ähnlichen Preßausschreitungen motivirt war, während dagegen der im angefochtenen Erkenntniß angezogene zweite Fall Herr Dr. Biesterfeld m. n. c. Menck auf fast völlig gleicher factischer Grundlage beruhte und somit dieser Fall namentlich bei Abmessung der Satisfactionssumme mit in Betracht zu ziehen war:

daß unter Verwerfung der vom Beklagten erhobenen Beschwerde die in dem angefochtenen Erkenntnisse der zweiten Prätur vom 2. Juni 1862 dem m. n. Kläger zugesprochene Satisfactionssumme auf 750 Mark Banco zu erhöhen und die Kosten dieser Instanz zu compensiren seien.

Gegen dieses Erkenntniß haben nun abermals beide Parteien an das Obergericht supplicirt.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. - Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 31. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 2. August.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Wolffson c. Meyer & Bartels. — Oberappellationsgericht: Niebuhr c. Sottorf.

Handelsgericht.

No. 62.

Zweite Kammer. Audienz vom 16. Juli 1862.
Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Krönig und Siemssen.

Dr. J. Wolffson m. n. J. Stützer und Buchheister in Magdeburg, in früherer Firma Stützer & Buchheister, gegen Meyer & Bartels (Dr. D. Hertz).

Dr. Wolffson klagt auf Ertheilung einer Abrechnung über 2370 Wispel Hafer, welche die Beklagten für gemeinschaftliche Rechnung mit den Klägern gekauft und realisirt haben, sowie auf Auslieferung des den Letzteren darauf kommenden Avancentheils. Die Beklagten, welche sich anfänglich weigerten, über diese 2370 Wispel separate Abrechnung zu geben, vielmehr am 3. April 1861 eine Berechnung über ein bedeutend größeres Quantum producirten, wurden dazu rechtskräftig verurtheilt. In Folge dessen haben sie den Klägern jetzt (am 25. Septbr. 1861) Separat-Abrechnung über die 2370 Wispel ertheilt, und haben die Letzteren nunmehr citiren lassen zur Justification derselben, indem sie namentlich Exhibition der Schlußnoten, Rechnungen und sonstigen Belege über An- und Verkauf sämmtlicher Pöste, Vorlegung der Bücher und eventuelle Beeidigung derselben, so wie der Belege über die Spesen verlangen; von den letzteren wollen sie namentlich schon jetzt folgende Pöste bestreiten:

Cigarren als Douceur für den Magdeburger Empfänger . . . . Crtℳ 66.—
Provision an S. A. Levy in Magdeburg Pr.Ct.ℛ 50.—
Unsere Provision und Delcredere: 2 %
von Bcoℳ 169727. 3 . . . . . Bcoℳ 3394. 9

Die Beklagten entgegnen: Der Kläger sei mit seiner Citation abzuweisen, da ein allgemeiner Antrag auf Justification einer Abrechnung ohne specielle Angabe der zu bestreitenden Pöste, nicht zulässig sei; eventuell sei derselbe jedenfalls mit anderen als den in der Citation enthaltenen Monituren auszuschließen. Ebenso sei das generelle Verlangen auf Exhibition von Schlußnoten, Rechnungen und sonstigen Belegen nicht statthaft, da viele Pöste ohne Schlußnota gemacht seien; höchstens könne ein allgemeiner Eid über die Abrechnung verlangt werden. Eventuell sei man übrigens zur Vorlage der Bücher, Schlußnoten und Rechnungen, so weit solche noch vorhanden, bereit. Ueber einzelne Pöste, namentlich hinsichtlich der Spesen, sei es aber gar nicht möglich, Belege zu geben. So z. B. namentlich nicht über einen Posten: Verladungskosten à Ctℳ 5 pr. Last Ctℳ 4238. 15. Es sei usanzmäßig, bei Verladung von Hafer stromaufwärts Ctℳ 5 pr. Last zu berechnen, die aber nicht specificirt werden könnten, weil darin

z. B. Ausgaben für eigene Leute, Speicher u. s. w. enthalten seien. Die Ausgabe für Cigarren an den Empfänger sei im Interesse des Geschäfts und zwar auf speciellen Wunsch des Mitklägers Stützer, eventuell aber jedenfalls in gutem Glauben gemacht, was genügen müsse. Die Provision an S. A. Levy sei gleichfalls mit den Klägern ausbedungen. Die Provision und Delcredere für die Beklagten anlangend, so rechtfertigten diese Ansätze sich durch die Thätigkeit der Beklagten, welche das ganze Geschäft hierorts geleitet und ausgeführt hätten. Sie seien in dieser Hinsicht als Commissionaire der Societät anzusehen und deshalb berechtigt, Provision zu beanspruchen.

Der Kläger replicirt: Die Forderung, daß der geschäftsführende Socius seine Abrechnung justificiren und die betreffenden Belege produciren müsse, sei eine selbstverständliche und bedürfe einer näheren Specialisirung nicht. Er verlange Exhibition desjenigen, was die Beklagten an gemeinschaftlichen Documenten besitzen, was durch diese nicht justificirt werde, sei von den Letzteren in anderer Weise zu rechtfertigen. — Die versuchte Justification der Verladungskosten durch eine hamburgische Usance könne nicht genügen; der Socius dürfe nur berechnen, was er wirklich ausgelegt habe, und bedürfe es also einer speciellen Aufgabe über die Spesen. Hinsichtlich des Douceurs an den Empfänger leugne er, daß Stützer dazu gerathen habe. Die bloße Verausgabung in gutem Glauben berechtige nicht, dieselbe dem Socius zur Last zu bringen. Der Ansatz für Provision für die Beklagten selbst sei unstatthaft. Die Societät sei nicht wie ein Mandat zu behandeln. Für ihre Thätigkeit erhielten die Socii das entsprechende Aequivalent in ihrem Antheile an dem gemachten Gewinne, und zwar sei in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen einer Gesellschaft für einzelne Geschäfte und einer offenen Handelsgesellschaft.

Erkannt:

da der Antrag auf Justification einer Abrechnung gegen den, der dieselbe zu leisten schuldig ist, einer besonderen declaratoria nicht bedarf,

cf. Entscheidungsgründe zum Oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisse in Sachen Dris. Engel c. Ziel & Balzer, gedruckte Sammlung II., p. 784 am Ende,

abgesehen davon, daß allerdings specielle petita in der Citation vom 18. März dieses Jahres gestellt sind,

da ferner die Exhibition der Schlußnoten, Rechnungen und anderer Belege über An- und Verkauf sämmtlicher für gemeinschaftliche Rechnung valedirenden Pöste, soweit solche existiren, als Verbindlichkeit des geschäftsführenden Theilhabers erachtet werden muß, derselbe auch der Vorlage desjenigen Theiles seiner Bücher, in welchen die a conto meta Geschäfte eingetragen worden, sich nicht weigern kann, und ebenfalls die Belege über die verrechneten Spesen — so weit nicht über einzelne Posten unten speciell erkannt wird — mit der obigen Beschränkung seinem Gesellschafter vorzulegen hat,

daß Beklagte die vorstehend aufgeführten Documente, soweit sie solche besitzen, innerhalb acht Tage sub poena 15 ℔ zu klägerischer Inspection auf der Gerichtskanzlei niederzulegen schuldig,

hinsichtlich der speciell bereits bestrittenen Spesenpöste aber

1) Verladungskosten 5 ℔ pr. Last betreffend:

da die Beklagten jedenfalls nicht schlechter denn als Mandatare hinsichtlich der Ausgaben gestellt sein dürfen, welche sie für gemeinschaftliche Rechnung machen mußten,

da sie also solche Verausgabungen, welche sie nach deren allgemeiner Natur, den Ortsverhältnissen und ihrem Geschäftsbetriebe nicht wohl specificirt aufgeben können,

cf. das angeführte Oberappellationsgerichtliche Erkenntniß, p. 782,

berechnen dürfen, wie solche ihrer Behauptung nach usanzmäßig als den wirklichen Kosten entsprechend festgestellt sind, so daß nach geführtem Beweis der Usanz der usanzmäßige Ansatz von ihnen in Rechnung gebracht werden darf,

daß Beklagte den Beweis:

daß an Verladungskosten stromaufwärts pr. Last Hafer Ct℔ 5. oder wie viel weniger usanzmäßig hier berechnet werden

zu führen und, vorbehältlich klägerischen Gegenbeweises, innerhalb acht Tage bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig;

2) Cigarren als Douceur für den Magdeburger Em-

pfänger, 66 ℔, und die darauf berechnete Steuer 2 ℛ 9 1/2 Sgr.

da diese Ausgabe nicht schon dann wenn sie in gutem Glauben ausgegeben, sondern nur dann wenn sie im Auftrage oder mit der Genehmigung des Gesellschafters verauslegt worden, dem Letzteren mitzubelasten ist, weil, wenn auch der Socius, wie überhaupt, so auch in Verausgabungen keine höhere Sorgfalt anzuwenden hat als diejenige, welche er seinen eigenen Angelegenheiten widmet, er doch solche Ausgaben, welche an sich als ungehörige erscheinen, nicht ohne Weiteres der Gesellschaft in Rechnung bringen kann,

daß Beklagte den Beweis:

daß sie mit Wissen und Willen der Kläger das fragliche Douceur gegeben haben,

zu führen und, Gegenbeweis vorbehältlich, innerhalb acht Tage bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig,

3) Provision an S. A. Levy, 50 ℛ:

daß Beklagte den Beweis ihrer Behauptung zu erbringen haben:

daß unter den Parteien ausbedungen sei, an S. A. Levy in Magdeburg eine Provision von 1/2 ℛ per 100 Wispel zu vergüten,

und solchen Beweis in gleicher Frist, vorbehältlich klägerischen Gegenbeweises, bei Verlust der Beweisführung anzutreten haben,

4) Provision und del credere, 2 % Bco℔ 3394. 4.

da bei der Gelegenheitsgesellschaft zwischen zweien Handlungshäusern, welche einen verschiedenen Aufenthaltsort haben und worin folglich jeder Gesellschafter die an seinem Domicil vorzunehmenden Geschäfte zu besorgen hat, nach der einen Auffassung Gewinn und Verlust nach Verhältniß der Einlagen zu vertheilen ist und dann dem Geschäftsführer nach den Grundsätzen, welche für Geschäfte der fraglichen Art gelten, die übliche Vergütung, zum Beispiel: eine Einkaufs- und Verkaufsprovision gebührt: nach der anderen Auffassung Gewinn und Verlust nach der Zahl der Gesellschafter zu vertheilen sind, die Einlagen verzinst werden, für die Thätigkeit des einen oder anderen Gesellschafters aber eine besondere Vergütung nicht Statt findet,

cf. Brinckmann, Handelsrecht, §. 66,

Preuß. Entwurf eines Handelsgesetzbuches, art. 208, 210,

Entwurf eines Deutschen Handelsgesetzbuches, art. 268,

Protocolle zu demselben, p. 396,

da aber nach der Entwickelung in den letztgedachten Protocollen und dem Mangel einer Monitur der Regierungen gegen den art. 268 geschlossen werden darf, daß die letzterwähnten Grundsätze als in Hamburg gültige anzusehen sind, sofern nicht etwa in dem Falle, wenn einer der Gesellschafter ausschließlich die Societätsgeschäfte besorgt, diesem hiefür eine Provision zuzuerkennen sein würde, im Uebrigen unter Verzinsung der Einlagen und unter Vertheilung des restirenden Gewinnes oder Verlustes nach der Zahl der Gesellschafter,

da jedoch aus der von den Beklagten am 3. April 1861 producirten Abrechnung sich ergiebt, daß sie selbst keine Provision et del credere in Anspruch genommen haben*), es also auch nicht mehr auf den Beweis der klägerischen Behauptung einer besonderen Abrede dafür, daß den Beklagten keine Provision zu vergüten sei, ankommt,

daß aus der am 25. September vorigen Jahrs beigebrachten, jetzt in Streit befindlichen Abrechnung über 2370 Wispel der Posten von Bco℔ 3394. 4 zu streichen.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 19.

In Sachen J. L. Niebuhr gegen C. Sottorf (cfr. No. 2 der „Gerichts-Zeitung" von 1861, Obergericht No. 1) hat in Folge beklagtischer Appellation das Oberappellationsgericht am 26. Juni das Erkenntniß des Obergerichts vom 28. April 1861 aufgehoben und dasjenige des Niedergerichts vom 26. October 1860, unter Compensation der Kosten der beiden letzten Instanzen, wieder hergestellt.

*) Der Posten für Provision und del credere findet sich in der früheren, am 3. April 1861 producirten Abrechnung nicht.

Entscheidungsgründe.

1) Der Kläger hat sich bei der Vindication des von ihm in der Klage näher bezeichneten unbestrittenermaßen im Besitz des Beklagten befindlichen Stückes Land auf das Eigenthumsbuch des vormaligen St. Johannis-Kloster-Gebiets als eine unanfechtbare Autorität berufen, und wenn ihm darin beizupflichten wäre, daß die in dieses Buch geschehenen Eintragungen denjenigen an Wirksamkeit gleichkommen, welche in das Stadt-Erbebuch oder in die gleich diesen auf vorgängigen Verlassungen beruhenden Eigenthumsbücher des übrigen Landgebiets gemacht sind, so würde seiner Klage ohne Weiteres entsprochen werden müssen. Denn, das Faktische anlangend, so ist es als ein per duas conformes festgestellter Punkt anzusehen, — würde übrigens, wenn dies nicht der Fall wäre, auf Grund der vorgelegten Documente in demselben Sinne zu entscheiden sein, — daß die am 21. September 1819 dem klägerischen Vorgänger Peter Christian Kopp in dem erwähnten Eigenthumsbuch gemachte Zuschrift eines

> „Platzes, belegen auf dem Eimsbüttler Felde an den Fahrwegen, dessen Inhaltsgröße 28 □-Ruthen,"

sich mit auf das in Rede stehende Stück Land bezieht. Und in Betreff des Rechtlichen unterliegt es keinem Zweifel, daß die in das Stadt-Erbebuch oder in die sonstigen Eigenthumsbücher gemachten Eintragungen demjenigen, auf welchem sie lauten oder übergegangen sind (jedenfalls nach Verlauf von Jahr und Tag) unanfechtbares Eigenthum gewähren. Es mußte indessen, abweichend vom Obergericht, angenommen werden, daß das in Rede stehende Eigenthumsbuch die in Betracht kommende bevorzugte Wirksamkeit des Stadt-Erbebuches und der diesem rechtlich gleichstehenden anderen Hamburgischen Eigenthums- und Hypothekenbücher nicht besitze. Die Autorität dieser letzteren wird durch zwei Voraussetzungen bedingt, Verlassung und Inscription, so daß wie eine vorkommende Verlassung allein gegenwärtig ohne alle Wirksamkeit bleibt, so eine Inscription, wenn ihr keine Verlassung vorangegangen ist, der fraglichen qualificirten Wirkung entbehrt und nur als ein öffentlicher Beglaubigungsact einfacher Art angesehen werden kann.

Vergl. Stat. I. 30, Art. 3:

„Was vor dem Rathe verlassen und in dieser Stadt Erbe- und Rentebuch geschrieben",

Stat. II. 6, Art. 14:

„dem das Erbe verlassen und zugeschrieben ist",

Stat. II. 8, Art. 7:

„verlassene und in das Stadt-Erbebuch zugeschriebene Erben."

Receß von 1618, ad Art. 1, 30, 3.

Landrecht von 1603, Art. 35 und 36.

Nach dem Hamburger Rechte, welches darin mit dem Lübecker und dem Rechte aller der Städte, worin sich die alten deutschen Grundsätze über den Eigenthums-Erwerb an Immobilien erhalten haben, übereinstimmt, wohnt den Einschreibungen in die Stadt-Erbe- und Rentebücher eine doppelte Eigenschaft bei:

1) die Eigenschaft, daß sie das Erfolgtsein des eingetragenen Actes vollständig — und überdies unumstößlich beweisen;

2) die viel weiter reichende singuläre Eigenschaft, daß auch der eingetragene Act selbst, — also wo es sich um eine Eigenthumsübertragung handelt, diese, — wenn nicht sofort, dann nach Ablauf einer gewissen Zeitfrist, meistens von Jahr und Tag, absolute Unanfechtbarkeit erlangt, so daß also gegen Jemanden, der sich als Eigenthümer auf das Stadt-Erbebuch stützt, weder eine Klage noch eine Einrede in der Richtung, daß er das betreffende Grundstück überhaupt nicht oder daß er es von einem zu dessen Veräußerung Unbefugten erworben habe oder daß es ganz oder theilweise durch Ersitzung oder durch einen sonstigen ohne Transscription erfolgten Rechtsact auf einen Andern übergegangen sei, zugelassen wird.

Diese exorbitante Wirkung wohnt aber der Inscription nicht als solcher bei, sondern sie wird ihr nur insofern beigelegt, als sie einer Beurkundung des vorangegangenen öffentlichen Actes der Auflassung enthält. Dieser letztere Act ist nämlich die wahre und eigentliche Quelle der in Rede stehenden Rechtsfolge, wie insbesondere daraus abzunehmen ist, daß die Auflassung oder wie sie jetzt in Hamburg genannt wird und schon in den

älteren Hamburgischen Rechtsmonumenten beständig genannt wurde, die „Verlassung“, schon in den Zeiten die angegebene Wirkung ausübte, als es noch überhaupt keine Stadt-Bücher gab, also ohne daß damals etwas ferneres (eine Protokollirung oder Eintragung) hinzukommen mußte, um der Verlassung in der angegebenen Weise Effect zu geben.

Auch hatte jene Wirksamkeit nicht etwa nur in der Sanction, welche der besprochene Act ursprünglich durch die Stadtgemeinde, in deren Echteding derselbe vorgenommen wurde, später durch den Rath erhielt, sondern hauptsächlich in der Oeffentlichkei desselben, auf Grund deren die Kunde von ihm nicht etwa nur in Beziehung auf die wirklich bei dem Acte Gegenwärtigen, welche, wenn sie nicht widersprachen, als consentirend angesehen wurden, sondern auch bei den zu der betreffenden Zeit Abwesenden nach Jahr und Tag präsumirt wurde, so daß nach Ablauf dieser Frist der Eigenthümer gegen Einsprache absolut geschützt war, nämlich die rechte Gewere erlangte, Grundsätze, welche auch in Hamburg, — wo übrigens die Verlassungen schon früh protocollirt wurden,

vergl. Stadtrecht von 1270 I., 6 und
Baumeister, Hamb. Privatrecht I., S. 125 ff.,

— im Wesentlichen Anerkennung gefunden haben, ohne daß hierauf einige Eigenthümlichkeiten, welche in Betreff der Anfechtung innerhalb Jahr und Tag Gültigkeit erlangt haben,

Statut von 1603 (1605) I., 30, Art. 3,
Receß von 1618, ad hunc art.,

einen abändernden Einfluß ausgeübt hätten.

So lange die Protocollirung noch nicht üblich war, wurde der Act der Auflassung, wenn wegen entstandenen Streites es darauf ankam, eingezeugt; nach Einführung der urkundlichen Aufzeichnung — welche in der Regel die Gestalt fortlaufend geführter Protocolle „libri resignationum“ annahm — vertraten die in diese letzteren geschehenen Eintragungen die Stelle jener älteren Einzeugungen. Die Eintragungen erlangten aber keineswegs eine neue und selbstständige Bedeutung; vielmehr blieben die Auflassungen auch ferner, wie schon bemerkt worden ist, Grund und und Quelle der in Rede stehenden außerordentlichen Wirkung.

Insbesondere Hamburg anlangend, so haben freilich die Verlassungen schon um die Zeit der letzten Redaction der Statuten eine Form angenommen, welche den Rechtsact, auf dessen Vornahme und Santionirung es ankommt, weder sofort vollständig nachweiset, noch auch als zur Perfection gelangend erscheinen läßt, gleichwohl ist es bisher weder von Schriftstellern, noch in der Rechtsprechung bezweifelt worden, daß die Verlassungen auch noch jetzt die wesentliche und unentbehrliche Grundlage unanfechtbaren Erwerbes vom inscribirten Eigenthum, beziehungsweise von eingetragenen Renten und Hypothekenposten bilden;

vergl. Tropp in den jurist. Abhandlungen, I., S. 387 ff.,
Gries, Commentar zum Hamb. Stadtrechte, I., S. 242 ff.,
Baumeister, a. a. O., Bd. 1, S. 136 u. 137,
Kellinghusen, über Verlassungen, S. 33,
sowie auch die vom N.-G. angezogenen, völlig hierher gehörigen Erkenntnisse des O.-G. vom 24. April 1857 und des O.-A.-G. vom 28. Februar 1859, in Sachen Verordnete der Kämmerei c. Bielenberg.

Ein wichtiges und zwar ein von der Gesetzgebung ausgehendes Zeugniß in derselben Richtung enthält die vom O.-G. berührte

Verordnung wegen der öffentlichen Verlassungen zu St. Georg vom 12. Sept. 1764 (Blanck, Mandate, Bd. 3, S. 2452).

In dem Gebiete des Hospitals St. Georg hatten freilich schon vor dem Erlaß dieses Gesetzes öffentliche Protocolle für die Verzeichnung von Eigenthumsübertragungen bestanden,

(„Instruction des Hofemeisters,“ bei Klefeker Bd. 3, S. 76, § 3, verbis „Land- und Hofbuch ꝛc.“ welche Instruction, wie aus den Zusätzen erhellt, älter ist, als die Verordnung von 1764)

allein keine Verlassungen. Die hieraus hervorgehende Unsicherheit der Eigenthums- und Hypothek-Rechte wurde die Veranlassung zu der Proposition jenes Gesetzes Seitens des Rathes an die Bürgerschaft. Ersterer bezeichnete die Einführung einer öffentlichen Verlassung in St. Georg „als eine besonders nützliche und lang gewünschte Verfügung“, und in der Verordnung selbst wurde in den §§ 1—4 näher angegeben, worin die gute Wirkung bestanden habe, „welche die Verlassungen schon seit undenklichen Jahren in der Stadt und in den dieser zuständigen (nicht stiftischen) Ländereien jederzeit behauptet hätten,“ nämlich darin, daß der mittels einer Verlassung Erwerbende „befugt sei, alle Anderen von dem Erworbenen abzuhalten,“ und derjenige, welcher bei einer beabsichtigten Verhypothekirung der Verlassung sich bediene, „dem Gläubiger vor anderen ein Vorzugsrecht zu verschaffen vermöge.“ Auf Grund der Verordnung von 1764 sind dann die Immobiliar- und Hypotheken-Einrichtungen im Hospitalgebiet und selbst nach dessen Uebergang auf den Staat, bis zum Jahre 1843 geordnet und bestimmt worden. Als in dem vorgedachten Jahre ein besonderes Eigenthums- und Hypothekenbuch für die Vorstadt St. Georg eingerichtet wurde, legte man den Verlassungen eine solche Bedeutung bei, daß in der bezüglichen Verordnung (vom 13. September 1843)

Lappenberg, Verordnung, Bd. 17, S. 417, eigens vorgesehen wurde, „die in den ehemaligen Gebieten des Hospital St. Georg geschehenen (noch unerledigten) Aufrufungen sollten für die betreffenden Theile der Vorstadt in Kraft bleiben," woran sodann die Bestimmung darüber angeschlossen wurde, wie es ferner mit den Verlassungen zu halten sei.

Ein anderes, dem vorigen Jahrhundert angehöriges Zeugniß für die den Verlassungen im Vergleich mit der alleinigen öffentlichen Protocollirung innewohnende bevorzugte Wirksamkeit enthält das

> Aemter-Reglement von 1710 im Tit. 12, Art. 6,
> Klefeker, Band 1, S. 198,

dort ist die Nothwendigkeit der Verlassung in Beziehung auf solche Gerechtsame, bei welchen die Ingrossation eingeführt war (Barbier- und Goldschmiede-Aemter), ausdrücklich hervorgehoben und bemerkt, nur dadurch, daß Verlassung geschehen und keine Einsprache erfolgt sei, erlange der Creditor „die Rechte einer publiken Hypothek und den Vorgang vor allen anderen Gläubigern, die keine solche Verpfändung haben."

Nach dem Bisherigen kann es, da unbestritten auf dem ehemaligen Gebiet des St. Johannis-Klosters weder früher, noch um die Zeit des Jahres 1819, in welchem letzteren die hier in Rede stehende Inscription in das Eigenthumsbuch des Klosters geschehen ist, Verlassungen Stattgefunden haben, nur noch darauf ankommen, ob etwa ausnahmweise auf jenem Gebiete die Verlassung zur Erreichung unanfechtbaren Immobiliar-Eigenthums oder Hypothek-Erwerbes entbehrlich gewesen, oder ob ihr Mangel durch irgend ein Ersatzmittel ausgeglichen worden sei.

Das Erstere anlangend, so finden sich bei

> Klefeker, Band 11, S. 547—553 unter Bezugnahme auf Band 2, Seite 38 flg. Band 10, Seite 549

nähere Angaben und Materialien über die Seitens des Klosters unterhaltene öffentliche Immobiliar- und Hypotheken-Buchführung, sowie über die Wirkung der in diesen Büchern gemachten Eintragungen. Das Ergebniß hiervon, wie Klefeker dasselbe Seite 551—552 dargelegt hat, läßt sich dahin zusammenfassen, daß das Fehlen der Resignatio die Erwerbung unanfechtbaren Eigenthums auf dem Klostergebiete unmöglich mache, und daß auch die Inhaber eingetragener Hypotheken kein absolutes Vergangsrecht durch die Inscription erlangen, sondern daß eingetragene und nicht eingetragene ihre Ordnung nach den Datis ihrer Entstehung erhalten.

Die hiernach anzunehmende Unzulänglichkeit, der auf dem ehemaligen Klostergebiete in Ausübung gewesenen, die Immobilien und Hypotheken betreffenden Einrichtungen ist ohne Zweifel mit die Veranlassung dazu gewesen, in der Verordnung über die Uebergangs-Verhältnisse von den Stiftungen auf die Landherrschaften vom 22. October 1830

> Lappenberg, Verordn. Band 11, S. 247 (sub. III.)

eine Revision des gesammten Land-Erbe- und Hypothekenwesens in Aussicht zu stellen, welche indessen bis jetzt nicht zur Ausführung gekommen ist, indem vielmehr Alles rechtlich noch jetzt so liegt, wie es zur Zeit des Uebergangs des Klostergebiets auf den Staat im Nov. 1830 gelegen hat.

> Vergleiche über den damaligen unzulänglichen Rechtszustand auf dem ehemaligen Klostergebiete in vorgedachter Beziehung: „Die Hambg. Hypothekenbücher" in den „Neuen Hambg. Blätt." 1844, S. 29.

Das Ober-Gericht hat indessen eine die Verlassungen auf dem ehemaligen Klostergebiete ersetzende Einrichtung darin erblickt, daß bei Eintragungen, welche in die öffentlichen Bücher desselben gemacht würden, sowie bei späteren Umschreibungen von jeher der obrigkeitliche Consens (bis 1830 der Klosterbehörde) erforderlich gewesen sei, und noch jetzt sei. Daß dies Erforderniß früher angenommen worden ist, und auch gegenwärtig als solches anerkannt wird, mit dem alleinigen Unterschiede, daß der ehemals von der Klosterbehörde ausgehende Consens jetzt von der Landherrschaft der Geestlande ertheilt wird, unterliegt keinem Zweifel, erhellet auch, das hier in Rede stehende Grundstück anlangend, aus den resp. über die erste Einschreibung desselben im Jahre 1819 an Kopp und die später im Jahre 1859 erfolgte Umschreibung auf den Kl. geschehenen Protokollirungen.

Allein dem Ober-Gericht kann im Uebrigen in diesem Punkte nicht beigepflichtet werden.

Zuvörderst ist schon die Grundlage, auf welcher die Ansicht des Ober-Gerichts beruht, daß Auflassungen nur bei freiem Eigenthume vorkämen, eine unhaltbare. Vielmehr steht es fest, daß Auflassungen von jeher auch bei Uebertragungen nach Hof- und nach Lehnrecht, also bei unvollkommener Gewere, üblich gewesen sind, wie sie sich denn insbesondere im Lehnrecht erhalten haben.

> Eichhorn, Deutsch. Privatr. § 174 (159 in f.)
> Mittermaier, Deutsch. Privatr. § 160, not. 17,
> Gerber, do. do. § 89
> Bluntschli, do. do. § 61, sub. 3,
> Dieck, Lehnrecht § 71 f.

Und, wenn es auch seine Richtigkeit hat, daß das Eigenthum von Privaten an Grundstücken, welche auf dem Klostergebiete (sowie auf den Gebieten anderer Hambg. Stiftungen) belegen waren, ein

unvollkommenes oder unfreies gewesen ist, so läßt sich doch nachweisen, daß der vorkommende obrigkeitliche Consens außer Verbindung mit dem Zwecke gewesen ist und noch ist, welcher durch die Verlassung erreicht werden soll.

Von Wichtigkeit ist hier die schon oben angezogene Verordnung des St. Georg's Hospital-Gebiet betreffend, vom Jahre 1764, auf welche ohne Grund das Ober-Gericht für die entgegengesetzte Ansicht sich beruft. Das Ober-Gericht nimmt an, daß es sich zur Zeit der Erlassung jenes Gesetzes nicht blos darum gehandelt habe, eine besser beglaubigte Form für Uebertragungen und Verpfändungen des betreffenden Grundeigenthums einzuführen, sondern daß das Bedürfniß einer anderen Form seinen Grund darin gefunden habe, daß das früher von dem Hospital St. Georg in beschränkter Weise verliehene Eigenthum allmälig ein freies und unbeschränktes geworden sei. Davon, daß diese Auffassung im Jahre 1764 gehegt worden sei und vorgewaltet habe, zeugen die damaligen Verhandlungen und der Inhalt der Verordnung, auf welche bereits verwiesen worden ist, nicht. Im Gegentheil, gerade aus der Verordnung ist zu ersehen, daß ausgesprochenermaaßen das Bedürfniß einer Autorität der öffentlichen Eigenthums- und Hypothekenbücher — einer Autorität, welche zu beschaffen die obrigkeitliche Confirmation nicht im Stande gewesen sein muß — die Veranlassung zu dem neuen Gesetze gewesen ist. Auch ergiebt sich aus der Verordnung, daß es keineswegs die Absicht gewesen ist, im Hospital-Gebiete freies Eigenthum zu schaffen. Denn auch fernerhin sollte von jeder Eigenthums-Veränderung — wie bei Veräußerungen so auch in Erbfällen — eine Recognition von 5 pCt. des Werthes an das Hospital gezahlt werden,

vergleiche Art. 7 und 12 Klefeker l. c. Seite 2453—2455,

und erst in dem Abkommen mit dem Staate über die Aufgebung der obrigkeitlichen Rechte im Jahre 1829 Seitens der Stiftungen hat das Hospital St. Georg sein Recht auf diese Erhebung aufgegeben.

Lohmann, Raths- und Bürgerschlüsse Bd. 3, Seite 57 Nr. 6 e.

Ein anderes, der Ober-Gerichts-Auffassung entgegenstehendes Zeugniß liegt in dem Umstande, daß die obrigkeitliche Behörde des Hospitals zum Heiligen Geist auf dem diesen zugehörigen Landgebiete, wenn nicht früher, dann jedenfalls im Jahre 1718

Ordnung der Barmbecker ꝛc. bei Klefeker, Band 8, Seite 57 flg.

Verlassungen eingeführt hat; Verlassungen, welche neben den obrigkeitlichen Consens-Ertheilungen bestanden, von denen man also angenommen haben muß, daß sie durch die letzteren nicht unnöthig gemacht worden seien.

Vergleiche Art. 12 und 13 der cit. Ordn.

Endlich besteht die Nothwendigkeit der obrigkeitlichen Consens-Ertheilung sowohl bei allen ersten Eintragungen, als auch bei späteren Umschreibungen von Grundstücken nicht etwa nur auf den Theilen des Hambg. Geest-Gebiets, welche ehemals dem St. Johannis-Kloster (oder anderen Stiftungen) gehört haben, sondern auch in sämmtlichen übrigen Districten jenes Gebiets, so daß eine besondere Bedeutung, welche die Consens-Ertheilung auf dem Kloster (oder sonst stiftischem) Gebiete für die Wirksamkeit der Eintragungen und Transscriptionen gehabt habe und noch jetzt ausübe, nicht angenommen werden kann. Und zwar wird der in Rede stehende Consens nur im Hinblick auf das öffentliche Interesse, ohne Rücksichtnahme auf privatrechtliche Beziehungen und zu dem Zwecke, um gegen Ansprüche dritter Gewährleistung zu schaffen, ertheilt.

Vergl. (Land-Actuar) Dr. de Boor über die Bedeutung der sogenannten Verlassungen, 1857, Seite 31—32.

Und dem entspricht vollkommen dasjenige, was über die obrigkeitlichen Consense, welche im Jahre 1819 bei der Zuschreibung des in Rede stehenden Grundstückes an Kopp und im Jahre 1859 bei dessen Umschreibung an den Kl. ertheilt worden, resp. von dem Klosterschreiber und dem Landactuar protokollirt worden ist. Nur der im öffentlichen Interesse festgestellten Conditionen ist gedacht worden.

Nach dem Ausgeführten kann nur dem Nieder-Gericht beigestimmt werden, welches der hier vorliegenden, nicht auf Verlassung beruhenden Eintragung und Umschreibung des in Rede stehenden Grundstücks die vom Kläger in Anspruch genommene Autorität und Unanfechtbarkeit nicht beimessen zu können erklärt hat.

Die hiernach ferner

II) zu berührende Frage, ob und wie weit durch die vom Kl. für sich geltend gemachte im Jahre 1819 vorgekommene Eintragung des fraglichen Grundstückes in das Eigenthumsbuch des St. Johannis-Klosters auf den Namen seines Vorgängers Kopp, sei es allein, sei es in Verbindung mit den anderen vorliegenden Documenten, der Beweis der Eigenthums-Erlangung Seitens des Kopp auch an dem jetzt streitigen Stück Land geführt sei, konnte auf sich beruhen bleiben, da

III) unbedenklich mit dem Nieder-Gericht anzunehmen war, daß das beh. Eigenthum an dem in Rede stehenden Stücke Land vollständig bewiesen vor-

liege, indem, selbst wenn Kopp im Jahre 1819 dasselbe nicht nur (wie unzweifelhaft ursprünglich geschehen) ausgewiesen erhalten, sondern außerdem auch Besitz von ihm ergriffen hatte, ein späterer Eigenthums-Erwerb auf Seiten des bekl. Vorgängers Gäche, resp. der Bekl. selbst, das unter der vorstehenden Voraussetzung existent gewordene Eigenthum des Kopp aufgehoben haben würde.

Die resp. von dem Kläger, den Beklagten und den Litisdenunciaten beigebrachten Risse, welche Risse ihrer Echtheit und Glaubwürdigkeit nach, sammt demjenigen, was unter denselben über die Hergänge der Jahre 1819 vermerkt ist, vom Kläger nicht bestritten worden sind, — wie sie denn auch, abgesehen hievon, da sie in tadelloser Form vorliegende öffentliche Documente sind, als beweiskräftig zu behandeln sein würden, — liefern den Beweis dafür, daß, nachdem dem kl. Vorgänger Kopp am 3. bis 12. August 1819 eine Fläche Landes an der in den Rissen näher bezeichneten Stelle, einschließlich des streitigen Stück Landes, ausgewiesen war, spätere Verhandlungen zum Zwecke einer Veränderung der Ausweisung zu Gunsten des bekl. Vorgängers Gäcke stattgefunden haben; daß diese Veränderung dahin getroffen worden ist, daß ein Theil des dem Kopp im August zugesagten Landes, und zwar der Theil, dessen Lage und Größe derjenigen des jetzt im Streit befindlichen Stückes (abgesehen von einem kleinen mit dem öffentlichen Wege verbundenen, unter den Parteien nicht streitigen Keilstück) völlig entspricht, dem Gäcke zugetheilt werden sollte;
ferner — und hierfür ist der vom Kl. selbst beigebrachte, von dem beeidigten Geometer Nagel auf Grund archivalischer Urkunden und des derzeitigen factischen Bestandes näher erläuterte Riß von entscheidender Bedeutung gegen ihn, wenn man etwa annehmen könnte, daß er die bezügliche bekl. Behauptungen geleugnet habe — daß der bekl. Vorgänger Gäcke in den Besitz des ihm von der Klosterbehörde bestimmten Stückes Land gesetzt, die in den Rissen bestimmte (auch noch jetzt factisch durch eine Hecke erkennbare) Grenze zwischen resp. den bei Kopp verbliebenen und an Gäcke gekommenen Flächen derzeit bestimmt, und eine Theilung der Grundmiethe, welche Kopp von dem ganzen Platze mit 15 ß hatte zahlen sollen, in 12 ß für diesen und 3 ß für Gäcke vorgenommen worden ist.

Ist hiernach fast mit Gewißheit anzunehmen, daß, wenn Kopp bereits das Eigenthum des fraglichen Stückes Land erworben gehabt hätte, er entweder selbst die Uebertragung desselben an Gäcke vorgenommen oder in die durch das Kloster bewirkte Uebertragung an denselben eingewilligt haben werde, so liegt jedenfalls Genügendes vor, um einen zur Usucapion dienlichen Titel für Gäcke und die Bekl. (dessen Nachfolger) als vorhanden anzusehen, und folglich, da von 1829 bis 1859 eine weit längere Zeit, als zur Vollendung der Eigenthums-Ersitzung erforderlich

Stat. I. 21, 2

verflossen ist, die Bekl. auf Grund der Usucapion als Eigenthümer des streitigen Stückes Land anzuerkennen.

Hierdurch erledigen sich alle übrigen das Sachverhältniß selbst betreffenden, in den Acten verhandelte Streitpunkte.

VI) Die revivicirende Eventualbeschwerde (Nr. 2) des Kl. voriger Instanz, daß nicht die Litisdenunciaten, die Vorsteher des St. Johannis-Klosters, in sämmtliche Kosten verurtheilt worden seien, läßt sich schon nach der processualischen Stellung der Parteien nicht rechtfertigen, so daß es keines weiteren Eingehens auf diesen Antrag des Kl. bedarf.

Und auch im Uebrigen war dem Nieder-Gericht in der Entscheidung über die Kosten beizutreten. Denn da die vom Bekl. an die Klosterbehörde gerichtete Litisdenunciation necessitatis war und die Intervention der Letzteren weder für ungehörig erklärt werden konnte, noch dafür erklärt worden ist, so bestand kein Grund dazu, von den allgemeinen Grundsätzen über die Tragung und Erstattung der Proceßkosten hier abzuweichen.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz waren dagegen zu compensiren.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 32. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 9. August.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Prüss c. Gebr. Schiller & Co. und c. Ziekursch & Schröder. — Dr. Winterhoff c. Norddeutsche Fluß-Dampfschifffahrt-Gesellschaft. — Laeisz c. Rienish & Schmilinsky. — Niedergericht: Dr. Sieveking und Dr. Hachmann tut. noie. c. Zehnten-Amt.

Handelsgericht.

No. 63.

Ferien-Kammer. Audienz vom 19. Juli 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann; **Richter:** die Herren Krönig und Siemssen.

F. W. Prüss nom. Steuermann **Ludw. Dröscher** von Magdeburg (Dr. Antoine-Feill) gegen **Gebrüder Schiller & Co.** (Dr. Wolffson), sowie Letztere gegen **Ziekursch & Schröder**, Litisdenunciaten (Dr. May).

Der Kläger verlangt Bezahlung von Pr. ℛ 371. 15 Sgr. 6 ₰, laut Frachtrechnung (Anl. 1), für eine Ladung Leinkuchen, Rappkuchen und Weizen, welche er von den Schiffern Straube und Richter übernommen, anhergebracht und an die Beklagten abgeliefert habe.

Nachdem die Litisdenunciaten sich bereit erklärt, den Beklagten in diesem Processe zu assistiren, erwidern die Letzteren: Nach einer von ihnen aufgestellten Rechnung (Anl. A) habe der Kläger nur 318 ℛ 3 Sgr. 5 ₰ zu fordern; und diese Summe werde denn auch offerirt. Es seien nämlich von der Rechnung des Klägers abzusetzen: 1) 1 ℛ für Manifest und Baumgeld, welchen sie nicht zu bezahlen brauchten; 2) 29 Sgr. Assecuranzprämie für Vorschuß, welche nach einer bestehenden Usanz und, wie eventuell behauptet werde, nach einer unter den Parteien getroffenen Vereinbarung der Vorschuß erhaltende Schiffer zu tragen habe; und 3) Bco.ℳ 89. Verwiegungskosten. In Letschen nämlich habe der Schiffer, da der Kahn zu tief ging, einen Theil der Ladung in eine Zille abgeleichtert, und diese Zille sei gesunken. Der Schiffer wäre verpflichtet gewesen, vor der Ableichterung das Gewicht zu constatiren; statt dessen habe er, um den Betrag des durch die Havarie Verlorenen auszumitteln, nachher das Gewicht der im Kahn verbliebenen Ladung feststellen lassen, und die hierdurch entstandenen Verwiegungskosten seien dem Kläger zum angeführten Betrage in Abzug zu bringen. Endlich sei 4) eine Frachtdifferenz von 6 ℛ 28 Sgr. 6 ₰ dadurch herbeigeführt, daß der Schiffer den bei dem erwähnten Unglück als unbeschädigt geborgenen Weizen in seinen Kahn zu nehmen sich geweigert; man sei deshalb genöthigt gewesen, denselben mit anderer Gelegenheit weiterzubefördern und dadurch eine Mehrfracht entstanden, deren Betrag von der klägerischen Frachtrechnung abzusetzen sei.

Die Litisdenunciaten fügen hinzu: Nach § 4 der Policebedingungen habe der Schiffer den Beweis zu liefern, wie viel in der gesunkenen Zille gewesen.

Die Kosten der zur Erbringung dieses Beweises vorgenommenen Verwiegung (Beil. 89) müßten deßhalb dem Kläger zur Last kommen.

Der Kläger replicirt: Die Kosten für Manifest und Baumgeld seien usanzmäßig vom Empfänger zu entrichten. In Betreff der Assecuranzprämie stelle er sowohl die jenseits behauptete Usanz, als die angebliche Vereinbarung in Abrede. Die Verwiegungskosten gingen den Schiffer nichts an, da derselbe kein Versehen bei der Leichterung begangen; denn zur Feststellung des Gewichts vor der Ableichterung sei keine Zeit gewesen. Das Wägen sei eine Consequenz des Unfalls gewesen und im Interesse der Assecuranzcompagnie geschehen. — Hinsichtlich der Frachtdifferenz werde geläugnet, daß der Weizen unbeschädigt gewesen; übrigens würde die behauptete Mehrfracht in keinem Falle zu ersetzen sein, da dieselbe durch Herschaffung des Geborgenen in einer ganz ungewöhnlichen Weise, nämlich pr. Schleppkahn, entstanden sei. Eventuell werde eine genaue Justification der Frachtdifferenz verlangt.

Die Beklagten entgegnen: Gegen die Beförderung pr. Schleppkahn lasse sich nichts einwenden, da eine andere bei einem so kleinen Quantum kaum möglich gewesen.

Erkannt:

1) Manifest und Baumgeld betreffend,

da der Schiffer an sich solche Kosten nicht ersetzt verlangen kann vom Empfänger, welche er zu verausgaben hat, um den versprochenen Transport ordnungsmäßig zu beschaffen, oder solche, die ihrer Natur nach lediglich auf dem Kahn haften,

auch in vorliegender Sache das Connossement nur bestimmt, daß von solchen Kosten dem Schiffer die Schleusengelder zu ersetzen seien,

daß der 1 ℛ für Manifest und Baumgeld aus der Anl. 1 zu streichen, Kläger könnte denn, vorbehältlich beklagtischen Gegenbeweises, den Nachweis einer Usanz erbringen, zufolge deren dem Oberländer die gedachten Kosten vom Empfänger ganz oder theilweise zu erstatten seien, wenigstens in dem Falle, wenn nach dem Connossement dem Schiffer die Schleusengelder zu erstatten sind, welchen Beweis derselbe bei Verlust der Beweisführung innerhalb 8 Tagen anzutreten hat;

2) in Betreff der Assecuranzprämie auf Vorschuß,

da der Vorschußgeber an sich nicht berechtigt ist, die Versicherungskosten des Vorschusses dem Vorschußempfänger in Rechnung zu setzen,

daß Beklagte entweder den Beweis ihrer Behauptung

daß mit der klägerischen Partei vereinbart worden sei, dieselbe solle die Versicherungskosten des Vorschusses erstatten

oder den Beweis der aufgestellten Usanz dahin,

daß der Oberländische Schiffer, welcher Vorschuß vom Befrachter empfang, usanzmäßig verpflichtet sei, die Versicherungssumme des Vorschusses zu tragen

zu führen schuldig, und solchen Beweis cumulativ oder alternativ, mit Vorbehalt klägerischen Gegenbeweises, innerhalb 8 Tagen bei Verlust der Beweisführung anzutreten haben,

3) Verwiegungskosten in Tetschen Beil. 89.

da bei einem Unglücksfalle, der sich auf der Flußschiffahrt zuträgt, Schaden und Kosten, die der Ladung oder dem Kahn widerfahren, von jedem Theil allein zu tragen sind,

(cf. H.-G. u. O.-G. Erk. vom Jahre 1860 in S. Dr. Steinthal m. n. c. die Norddeutsche Fluß-Dampfsch.-Gesellsch. *)

also an und sich für die Kosten, welche aufgewendet sind zur Constatirung des Umfanges des Schadens, welchen die Ladung dadurch erlitt, daß die Zille, in welche ein Theil der Ladung abgeleichtert war, gesunken ist, von der Ladung zu tragen sind, während umgekehrt dieselbe auch zum Schaden an der Zille und den etwaigen Kosten des Nachweises desselben nicht zu contribuiren, geschweige sie zu ersetzen hat,

da auch daraus, daß der Schiffer wegen des Theils der Ladung, den er wegen eines Unglücks nicht zu liefern vermag, sich zu exculpiren hat, doch nicht ohne Weiteres folgt, daß die Kosten eines von den Empfängern oder ihren Versicherern verlangten Beweisverfahrens von ihm zu tragen sind, so wenig wie aus dem § 4 der von den Litisdenunciaten beigebrachten Police zu folgern ist, daß die Beweisführung, die dem Versicherten obliegt, auf dessen Kosten zu geschehen hat,

da endlich dem Schiffer ein ordnungswidriges

*) cf. No. 5 der „Gerichtsztg.“ 1860. Handelsger. No. 11, Pag. 35.

Verfahren darüber nicht vorgeworfen werden darf, daß er bei der Ableichterung in die Zille das in dieselbe übergeladene Gewicht nicht glaubwürdig constatiren ließ, weil nach Uebereinstimmung der Parteien die Zille unter seiner Leitung neben seinem Kahn gefahren, also nicht etwa fremden Händen anvertraut ist, so daß er gar keine Veranlassung bei der Ablieferung hatte, den Umfang desselben festzustellen

daß der Posten von Bco.ℬ 89. oder Pr.𝓇𝓉 44 15 Sgr. von der Anl. 1 nicht abzusetzen, in Anl. A vielmehr zu streichen sei;

4) Frachtdifferenz von 6 𝓇𝓉 28 Sgr. 6 Pf.

da der Schiffer sich nicht weigern durfte, den geborgenen Theil der Ladung zum bedungenen Transporte wieder in seinen Kahn aufzunehmen, sofern derselbe unbeschädigt war, ihm aber der Nachweis obliegt, daß er sich mit Grund geweigert, also daß die geborgene Waare, die anderweitig verschifft worden, nicht unversehrt geblieben, indem der Umstand event. nicht zu beanstanden sein wird, daß in Ermangelung anderer Gelegenheit der fragliche Theil der Ladung per Schleppkahn transportirt wurde:

daß vorbehältlich der Justification in quanto, Kläger vorgängig den Beweis:

daß der geborgene Theil der Ladung, den der Schiffer wieder einzunehmen verweigerte, der Art beschädigt gewesen, daß eine Ansteckung der im Kahn verbliebenen Waare durch denselben im Falle der Wiedereinladung zu befürchten stand,

zu führen schuldig und solchen Beweis innerhalb acht Tagen bei Verlust der Beweisführung anzutreten habe.

Es bleibt dem Beklagten der Gegenbeweis und namentlich die Benutzung des litisdenunciatischen Productums vom 14. Mai 1862 vorbehalten.

Das dem Obigen zufolge vorhandene liquidum von Pr.𝓇𝓉 362. 18 Sgr. 5 ₰ sammt Zinsen vom Klagetage (da diese Summe jedenfalls nicht offerirt worden) ist von dem Beklagten in 3 mal 24 Stunden sub poena executionis dem Kläger gegen Caution für Kosten und Fortsetzung des Rechtsstreites zur Summe von Ct.ℬ 60 zu bezahlen, in Entstehung der Caution aber diesen Belauf zu deponiren.

No. 64.

Erste Kammer. Audienz vom 15. Juli 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Stahmer und Schenck.

Dr. F. H. Winterhoff m. n. Schiffer Wilhelm Placke aus Alsleben gegen die Norddeutsche Fluß-Dampfschiffahrts-Gesellschaft (Dr. Wex).

Der Kläger verlangt Bezahlung von Pr.𝓇𝓉 28. 5 Sgr. Fracht und Auslagen für eine Ladung Holz, Schmack und Eisen, welche er hier im April 1861 nach Dessau eingenommen habe.

Die Beklagte entgegnet: Der klagende Schiffer habe ihr im Frühjahr 1861 sein Fahrzeug zur Beladung nach Dessau offerirt, unter der Bedingung, daß dasselbe per Dampfer nach dem Bestimmungsorte geschleppt werde und er eine Vergütung von 24 𝓇𝓉 an Lohn erhalte. Der Kahn sei dann hier beladen und nach Dessau geschleppt worden. Die Klage sei angebrachtermaßen abzuweisen, da der libellirte Betrag keinenfalls als Fracht gefordert werden könne, sondern nur eine stipulirte Vergütung sei; es existire kein Ladeschein, und habe der Schiffer auch keinen Frachtbrief gezeichnet. Außerdem habe der Kläger aber in Dessau ein bedeutendes Untergewicht geliefert; es seien ihr für dieses Manco 26 𝓇𝓉 in Abzug gebracht und diese seien wiederum dem Kläger zu kürzen, so daß ihm demnach jedenfalls nur 2 𝓇𝓉 5 Sgr. zukämen.

Der Kläger erwidert: Er bestreite, daß sich ein Untergewicht herausgestellt habe; auch würde er für dasselbe nicht verantwortlich sein: denn es seien ihm in Magdeburg auf Ordre des dortigen Vertreters der Beklagten 800 Centner von der Ladung abgenommen und in Leichter übergeladen worden, und habe er dagegen sofort mündlich protestirt, da ihm durch dies Verfahren jede Controlle über die Ladung entzogen worden sei.

Erkannt:

da, wenn — wie die Beklagte angiebt — der Kläger ihr seinen Kahn zur Beladung nach Dessau überließ, wogegen sie denselben dorthin zu schleppen und dem Kläger zur Löhnung seiner Leute 24 𝓇𝓉 zu zahlen übernahm, allerdings ein Frachtcon-

tract zur Beurtheilung nicht vorliegt, sondern lediglich eine Vermiethung des Kahns als Transportgefäßes;

da aber auch gerade deshalb und zumal da, wie Beklagte zugiebt, dem Kläger weder ein Frachtbrief behändigt, noch von ihm ein Ladeschein gezeichnet worden, eine Haftung desselben ex recepto nicht behauptet werden kann, ein anderer Grund aber, aus welchem der Kläger wegen eines angeblichen Mancos in Anspruch genommen werden könnte, nicht angegeben ist, und somit der beklagtische Gegenanspruch jeder rechtlichen Begründung ermangelt:

daß Beklagte, unter Abweisung mit ihrem unfundirten Gegenanspruche, zu verurtheilen, dem m. n. Kläger die nicht weiter bestrittenen 28 ℳ 5 Sgr. sammt Zinsen vom Klagetage und den Proceßkosten innerhalb acht Tagen sub poena executionis zu bezahlen.

No. 65.

Erste Kammer. Audienz vom 14. Juli 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; **Richter:** die Herren Blume und Durrien.

F. Laeisz (Dr. Biesterfeld) gegen Riensch & Schmilinsky (Dr. D. Hertz).

Die Beklagten haben von dem Kläger das Schiff „India“ gechartert und verlangt der Letztere, nachdem ein Theil der Chartepartiefracht nach beendeter Ausreise des Schiffes in Mexico bezahlt worden, jetzt den Rest derselben mit Bco℔ 14,746. 14.

Die Beklagten entgegnen: Die Chartepartie stipulire: „Der Rheder garantirt die Größe des Schiffes mit 27,500 Hamb. Cubikfuß Laderäumte, sollte solche sich geringer erweisen, so wird dem Schiffer nur eine verhältnißmäßig geringere Fracht zukommen.“ Sie läugnen nun, daß das Schiff die versprochene Größe gehabt habe, vielmehr seien nur 25,298 Cubikfuß Räumte geliefert worden und demgemäß ein Abzug von Bco℔ 2350. 15 von der im Ganzen 2300 £ betragenden Chartepartiefracht zu machen.

Der Kläger replicirt: Die Beklagten hätten, falls sich die Räumte des Schiffes nach ihrer Meinung als eine zu geringe erwies, dies sofort und vor Abgang des Schiffes constatiren müssen. Dieselben hätten aber weder hier bei Abgang des Schiffes noch in Mexico nach beendeter Ausreise protestirt, vielmehr am letzteren Platze eine a conto Zahlung auf die Fracht ohne Vorbehalt geleistet und schon dadurch auf ihre etwaigen Ansprüche verzichtet. Ferner aber habe das Schiff in der That die versprochene Räumte gehabt. Es ergebe sich dies theils aus dem Ladebuche des Schiffes, insbesondere aber aus den in Händen der Beklagten befindlichen receives über die eingenommenen Güter, indem die Zusammenzählung der in denselben aufgeführten Maaße mehr als 27,500 Cubikfuß ergebe. Durch die Annahme derselben hätten die Beklagten dies bereits anerkannt, eventuell würde jedenfalls den Letzteren der Beweis der zu geringen Räumte zufallen.

Die Beklagten dupliciren: Einer Protestation vor Abgang des Schiffes habe es nicht bedurft. Uebrigens hätten sie sowohl dem Kläger gegenüber, als gegen den Schiffsmakler Knöhr jr., der die Chartepartie abgeschlossen, zur Zeit monirt. Das gegnerischerseits producirte Ladebuch sei für die Beklagten nicht maßgebend. Eben so wenig könne in der Annahme der receives eine Anerkennung gefunden werden, denn abgesehen davon, daß sie gar nicht über alle Collis receives bekommen hätten, so hätte Kläger, wenn er die Absicht hatte, die einzelnen Collis zu messen, um daraus die Größe des Laderaums zu constatiren, den Beklagten diese Absicht mittheilen müssen, damit diese ihre Gerechtsame wahrnehmen konnten. Die einseitige Messung abseiten des Steuermanns könne ihnen nicht präjudiciren und insbesondere sei das Hineinsetzen der Maße in die Receives im vorliegenden Falle, wo es sich um die Verfrachtung eines ganzen Schiffes handele, ganz ohne Bedeutung. Auch die in Mexico geschehene Zahlung könne einen Verzicht nicht begründen, weil die schließliche Regulirung der Fracht erst nach beendeter Rückreise geschehen sollte. Der Beweis hinsichtlich der Größe des Laderaums treffe den Kläger, da er die ganze Chartepartiefracht beanspruche und es also zu seinem Klagegrunde gehöre, daß er auch den ganzen versprochenen Raum geliefert habe.

Erkannt:

da bei der Bestimmung der Chartepartie, nach welcher Kläger einen Abzug von der en rouche stipulirten Fracht sich gefallen lassen soll, wenn der Laderaum des von ihm den Beklagten verharterten Schiffs sich geringer als 27,500 Hamb. Cubikfuß ausweisen sollte, die Parteien offenbar von der Absicht ausgegangen sind, daß sobald das damals noch im Bau begriffene Schiff im hiesigen Hafen den Beklagten zur Verfügung gestellt werden würde, es sich ergeben solle, ob der Laderaum desselben wirklich die von dem Kläger angegebene Größe habe, indem nach dem Eingang der Chartepartie die Beklagten gar nicht verpflichtet waren, das Schiff wieder hierher zurückkommen zu lassen und gewiß nicht angenommen werden kann, daß Kläger die Beklagten habe berechtigen wollen, in einem der Häfen, den das Schiff unterwegs angehen werde, oder auch in dem Bestimmungsort, den die Beklagten für die Rückreise wählen würden, die Ausmessung des Laderaums zu verlangen,

da nun freilich — wenn auch die Parteien es nicht übersehen haben können, daß die Frage, wie viel Güter das Schiff werde einnehmen können, nicht lediglich von der Größe des Laderaums, sondern auch von anderen Umständen und insbesondere auch von dem Gewicht der Güter abhänge — dieselben doch bei dem Abschluß der Chartepartie möglicherweise davon ausgegangen sein könnten, daß zur Ermittelung der Größe des Laderaums eine Ausmessung desselben nur dann erforderlich sein werde, wenn bei der Beladung des Schiffes es sich herausstellen sollte, daß dasselbe nicht vollständig 27,500 Cubikfuß Güter einnehmen könne,

da jedoch Beklagte keineswegs diese Auffassung für sich geltend gemacht haben, vielmehr im entschiedensten Gegensatz zu derselben die Maaße der von ihnen mit dem Schiff verladenen Güter gar nicht ermittelt haben wollen,

da hiernach die Beklagten, wenn sie die Größe des Laderaums durch eine Ausmessung desselben unter Mitwirkung des Klägers constatirt sehen wollten, mit der Aufforderung zu solcher Constatirung sofort, als ihnen das Schiff im hiesigen Hafen gestellt ward, hervortreten mußten,

da indessen, wenn die Beklagten damals eine solche Aufforderung unterlassen haben sollten, dieser Unterlassung — wie dieses auch in den vom klägerischen Anwalt angeführten ähnlichen Fällen ebenfalls angenommen worden — nicht die Folge zuzuschreiben wäre, daß die Beklagten, wenn sie anderweitig beweisen könnten, daß der Laderaum des Schiffes die ihnen zugesicherte Größe nicht habe, mit solchem Beweise nicht mehr zugelassen werden dürften, andererseits aber auch unter obiger Voraussetzung der Weigerung des Klägers, nach der Rückkehr des Schiffes hierher auf das damals von den Beklagten gestellte Verlangen einer Ausmessung einzugehen, nicht die Bedeutung beigemessen werden könnte, daß in Folge dieser Weigerung Kläger den Beweis, daß das Schiff den von ihm angegebenen Laderaum habe, zu führen hätte,

da vielmehr es nur dann gerechtfertigt sein würde, dem Kläger diesen Beweis aufzuerlegen, wenn Beklagte — wie sie dies namentlich in dem Vernehmungstermin behauptet haben — sofort nachdem ihnen das Schiff hier zur Verfügung gestellt worden, sich darüber, daß der Laderaum nicht die ihnen zugesicherte Größe habe, beschwert haben und ihnen in Folge dieser Beschwerde von dem Kläger oder im Auftrag desselben von Sr. Knöhr jr. eine Antwort ertheilt sein sollte, nach welcher sie annehmen durften, daß Kläger mit einer späteren Feststellung der Größe des Laderaums einverstanden sei,

da auch, wenn die Beklagten die Wahrheit dieser ihrer Angaben beweisen könnten, daraus, daß dieselben bei der Ankunft des Schiffes in Mexico den nach Inhalt der Chartepartie damals zu bezahlenden Theil der Fracht ohne weiteren Vorbehalt dem Kläger haben auszahlen lassen, ein Verzicht auf die Geltendmachung der ihnen hinsichtlich der Größe des Schiffes ertheilten Zusage keinenfalls gefolgert werden könnte, und somit es hier zunächst darauf ankommt, ob die erwähnten Behauptungen der Beklagten begründet sind:

daß Beklagte vorgängig zu beweisen haben:

daß bevor das Schiff India die Reise nach Mexico angetreten hat, in Folge einer von ihnen wegen der Größe des Laderaums erhobenen Beschwerde, einer der Inhaber

der klägerischen Firma ihnen gegenüber sich dahin geäußert habe, daß die Sache für jetzt auf sich beruhen bleiben könne, oder sich sonst in solcher Weise ausgesprochen habe, daß aus den Worten ein Einverständniß mit einer späteren Feststellung der Größe des Laderaums gefolgert werden muß,

oder:

daß Sr. Knöhr jr. sich in solcher Weise gegen sie, die Beklagten, geäußert habe, und daß derselbe von dem Kläger zu dieser Mittheilung ermächtigt gewesen sei.

Es haben Beklagte diese Beweise — dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich — innerhalb acht Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Strafe des Beweisverlustes anzutreten, worauf alsdann weiter in der Sache erkannt werden soll.

Niedergericht.

No. 21.

Dr. F. Sieveking und Dr. G. Hachmann als Vormünder für Hermann Friedr. Roosen minderjährige Tochter (Dr. Hachmann) gegen das Zehnten-Amt in Verwaltung des Nachlasses defctae. Maria Roosen (Dr. G. Hertz).

Am 19. Februar 1858 ist Maria Roosen mit Hinterlassung eines bedeutenden Vermögens verstorben. Als Intestaterben concurriren 10 Bruderkinder der Verstorbenen, von denen August Richard Roosen und Hermann Friedrich Roosen als Inhaber der Firma Bd. Roosen jr. am 5. December 1857 ihre Insolvenz erklärt haben. H. F. Roosen hat in Gemäßheit Art. 31 sub 3 der Neuen Falliten-Ordnung*) auf den ihn anfallenden Erbtheil zu Gunsten seiner minderjährigen Tochter renunciirt. Die Vormünder der Letzteren verlangen jetzt von der beklagten Behörde als Verwalterin des fraglichen Nachlasses den zehnten Theil desselben unter Vorbehalt der Liquidation dieses Antheils.

Das Zehnten-Amt wendet ein: Nur die Curatores bonorum des H. F. Roosen und nicht die Tochter desselben seien zu einer Klage auf Grund des in Rede stehenden Erbtheiles legitimirt, da der Verzicht des Roosen zu Gunsten seiner Tochter ohne alle rechtliche Bedeutung sei. Die Zuwendung eines Erbtheiles abseiten des Erben an einen Andern sei nur in der Weise denkbar, daß der Erbe entweder eine Cession des Erbtheiles vornehme, oder daß in Folge seines Verzichtes ein Anderer als nächster Intestat-Erbe an seine Stelle trete. Nur für diesen letzten Fall sei der Verzicht eines Falliten, welchen die Neue Falliten-Ordnung zu Gunsten der Kinder desselben zulasse, zu verstehen; im vorliegenden Falle aber, wo die Tochter des Falliten nach dem Wegfalle desselben nicht als Intestaterbin der verstorbenen Maria Roosen erscheine, indem bekanntlich Geschwisterenkel mit Geschwisterkindern nicht concurrirten, könne durch einen Verzicht des Falliten die klägerische Mündel keine Rechte erwerben. Eventuell, falls die Kläger als legitimirt angesehen werden könnten, müßten dieselben sich jedenfalls gefallen lassen, daß die Vertreter des Nachlasses gegen die Erbschaftsforderung der klägerischen Mündel mit der Schuld ihres Vaters an den Nachlaß compensirten. Selbstverständlich nämlich könnte die Tochter durch den Verzicht ihres Vaters, selbst wenn derselbe ihr Rechte verleihen könnte, niemals weitergehende Ansprüche erwerben, als ihrem Vater, resp. den Curatoren desselben zustehen würden, diesen gegenüber aber sei jedenfalls eine Compensation zulässig. Da nun dem Falliten die fragliche Erbschaft vor der Entschlagung desselben angefallen sei, so müsse die Compensation auch mit der ganzen Forderung des Nachlasses gestattet werden, denn das beneficium competentiae, durch welches der Fallit unter Umständen bis zu 40 pCt. von seinen Schulden liberirt werde, würde demselben erst nach der Entschlagung und in Folge der Classification desselben als leichtsinniger Fallit ertheilt, während es z. B. bei einer Classification desselben als böswilliger Fallit ganz in Wegfall kommen könne. Falls daher nicht schon jetzt die Compensation mit der ganzen Forderung des Nachlasses für zulässig erklärt werden sollte, so müsse in pessimum eventum jedenfalls die Feststellung des Umfanges der Compensation bis nach der Entschlagung der falliten Firma B. Roosen jr. ausgesetzt werden.

Die Kläger entgegnen: Durch die unzweideutige Bestimmung des Art. 31 cit. werde eine singulaire Rechtswohlthat dem Falliten gegeben, welche eben darin bestehe, daß derselbe die Vortheile eines ihn anfallenden Erbtheils seinen Kindern zuwenden könne, obwohl er

*) Der Art. sub 3 der N. F.-O. lautet: „Ebenmäßig mag ein Debitor, zum Vortheil seiner Kinder, wenn er deren im Leben hat, und zum Nachtheil seiner Creditorum, einer ihm angefallenen Erbschaft ab intestato wohl renunciiren."

im Uebrigen nicht dispositionsfähig sei. Daß diese Begünstigung mit den Regeln des gemeinen Rechtes über die Wirkungen eines Verzichtes des Erbberechtigten nicht in allen Fällen übereinstimme, könne bei der Natur des in Rede stehenden Ausnahme-Gesetzes nicht in Betracht kommen; von einer Beschränkung desselben auf Fälle, in denen durch den Verzicht des Vaters die Kinder ohne Weiteres als nächste Intestaterben concurriren, finde sich in der Falliten-Ordnung keine Spur. — Stehe somit die Berechtigung der klägerischen Mündel auf Grund des Verzichtes ihres Vaters fest, so sei allerdings für die Begründung der Compensations-Einrede die fernere Frage wichtig, ob das Kind seine Rechte an dem Erbtheile nun jure cesso des Vaters, oder aus eigenem Recht, quasi jure transmissionis, geltend mache. Nun statuire aber offenbar die Falliten-Ordnung keine Cession, sondern recht eigentlich eine Transmission, wie dieselbe z. B. im Römischen Rechte ganz analog für den umgekehrten Fall vorkomme, in welchem ein in väterlicher Gewalt befindliches Kind eine Erbschaft ausschlägt und in Folge dessen der Vater jure transmissionis an die Stelle seines Kindes trete. Erscheine nun aber die klägerische Mündel jure transmissionis, also aus eigenem Rechte, als erbberechtigt, so könne derselben gegenüber auch von einer Compensation mit Schulden ihres Vaters keine Rede sein. — Selbst aber wenn der klägerischen Mündel nur die Rechte ihres Vaters zustehen sollten, so würde dennoch die jenseits geforderte Compensation unzulässig sein, da die Insolvenz der Firma B. Roosen jr. vor dem Tode der Erblasserin stattgefunden habe, dieser selbst also gar kein klagbarer Anspruch über Dividende und eventuell Nachmahnungsrecht hinaus gegen den Vater der klägerischen Mündel mehr zugestanden hätte, mithin auch der Nachlaß mit einem solchen nicht compensiren könne. Endlich sei im vorliegenden Falle die Compensations-Einrede aus dem Grunde zu verwerfen, weil die Erblasserin selbst in einer allerdings formlosen, jedoch eigenhändig unterschriebenen Verfügung vom Januar 1858 ausgesprochen habe, daß ihren Neffen F. und J. R. Roosen diejenigen Capitalien, welche sie von denselben zu fordern habe, bei der Theilung ihres Nachlasses nicht angerechnet, sondern als ihnen bei Lebzeiten geschenkt und erlassen angesehen werden sollten. Diese Verfügung sei jedenfalls, soweit sie einen Ausschluß der Compensation statuire, anzuerkennen. Im schlimmsten Falle könne nur von einer Compensation mit 40 pCt. der beklagtischen Forderung die Rede sein. —

Das Zehnten-Amt hebt hervor, daß die von den Klägern in Betracht genommene angebliche Verfügung der Erblasserin ein jeder gesetzlichen Form entbehrendes, durchaus werthloses Schriftstück sei.

Das Niedergericht erkannte am 30. Mai:

Da die im gemeinen Rechte sehr bestrittene Frage, ob Erbschaften, welche dem Cridar nach eröffnetem Concurse und vor Beendigung desselben anfallen, in die Concursmasse hineinzuziehen seien, durch die Neue Falliten-Ordnung im Allgemeinen bejahend entschieden ist, von dieser Regel aber die generelle Ausnahme in

Art. 31 sub 3 der N. F.-O.

gemacht wird, daß der beerbte Fallit zum Vortheile seiner Kinder und zum Nachtheil seiner Gläubiger auf die ihm ab intestato angefallenen Erbschaften verzichten darf,

da das Gesetz in dieser Stelle völlig allgemein spricht und diese Ausnahme nicht auf die Fälle beschränkt, in welchen bei dem Wegfalle des Falliten dessen Kindern den Miterben gegenüber kraft ihres Repräsentationsrechtes, oder sonst ein selbstständiges Erbrecht zustehen würde,

da auch für eine solche von der beklagtischen Nachlaßbehörde behauptete Beschränkung sich durch die gesetzliche Begrenzung der Ausnahme auf Intestat-Erbfälle nichts entnehmen läßt, indem es für die fragliche Gesetzgebung nahe lag, jedenfalls dafür zu sorgen, daß nicht dem Falliten gestattet werde, die heilig zu haltenden letztwilligen Verfügungen dritter Personen eigenmächtig zu ändern;

da auch die diese Materie behandelnden Schriftsteller des topischen Rechtes die Verfügung des Art. 31 sub 3 sämmtlich in der vorgedachten allgemeinen Bedeutung aufgefaßt haben,

vgl. Hasche Erläuterung der N. F.-O. Bd. III. p. 208,
Trummer Hambg. Erbrecht Bd. II. p. 312,
Drewes Recht der Erbgüter p. 162 Note 8 und namentlich
Baumeister Blicke p. 477;

da demnach die tut. nom. Kläger für völlig berechtigt erachtet werden müssen, für ihr Mündel, zu deren Gunsten ihr Fallit gewordener Vater in

Gemäßheit des obgedachten Gesetzes in der durch die Praxis allgemein üblich gewordenen Form,

vgl. Hasche l. c. p. 211.

Trummer l. c. p. 313.

auf seinen Erbtheil verzichtet hat, von der beklagtischen Nachlaßbehörde direct und namentlich ohne eine desfallsige erst von den Curat. bon. des Vaters zu erwirkende Ueberweisung den fraglichen Erbtheil in Anspruch zu nehmen, indem dem beerbten verzichtenden Vater gegenüber der Fallitmasse eben überall kein Anrecht an dessen Erbtheil zusteht,

Art. 31 sub 4 d. R. F.-O.;

da aber die klägerische Pupillin durch die ihr gewordene Ueberweisung des väterlichen Erbtheils nur an die Stelle ihres Vaters getreten ist und sie somit selbstverständlich denselben nur so beanspruchen kann, wie ihn die Massevertreter des Vaters, falls er nicht zu seiner Kinder Gunsten verzichtet hätte, zu fordern berechtigt gewesen wären, indem die Verzichtleistung auf einen Erbtheil zu Gunsten eines Dritten selbstverständlich in dem Erbfolgerecht und in den Verhältnissen der berufenen Miterben zu einander nichts zu ändern vermag;

da somit auch die tut. nom. Kläger auf den ihrem Mündel vom Vater überwiesenen Erbtheil sich unzweifelhaft diejenigen Forderungen compensando verrechnen zu lassen haben, welche dem Nachlasse gegen den Vater ihres Mündels zustehen;

da die Einrede der Compensation auch durch das eingetretene Falliffement des verzichtenden Vaters in keiner Weise aufgehoben wird,

vgl. die Entscheidungsgründe zum N.-G. Erk. v. 29. Oct. 1860 i. S. Dotzauer & Cons. als Cur. bon. von B. Roosen jr. c. das löbl. Zehnten-Amt als 2c.;

da ebensowenig die formlose letztwillige Verfügung der beklagtischen Erblasserin geeignet erscheinen kann, diese Einrede zu beseitigen;

da endlich auch die angebliche Zusage der Erblasserin über den künftigen Ausschluß der Compensation nach ihrem Tode, die zufolge §. 48 der Replik bei oder nach Errichtung der auf S. 3 und 4 und 24 der Anl. 1 näher erwähnten Deckungsacten gegeben sein soll, der jetzigen Geltendmachung der Compensationseinrede nicht im Wege steht, weil auch diese Zusage nicht Anderes sein würde, als eine formlose letztwillige Verfügung oder eine formlose Schenkung auf den Todesfall;

da endlich, so viel den Umfang betrifft, in welchem das Compensationsrecht zur Geltung zu bringen ist, die beklagtische Behörde befugt ist, die vollen Schulden des klägerischen Mündels auf den ihr auszukehrenden Erbtheil in Anrechnung zu bringen, weil die fragliche Erbschaft dem Vater vor Beendigung der Concursverwaltung angefallen ist und die Grundsätze des Nachmahnungsrechtes nur bei einer erst nach Beendigung des Concurses dem früheren Falliten angefallenen Erbschaft zur Anwendung kommen können, während des Concurses aber die Gläubiger selbst dem unglücklichen Falliten gegenüber ihr Compensationsrecht bis zu ihrer vollen Befriedigung geltend machen dürfen,

da endlich wegen der Größe des fraglichen Erbtheils und der dagegen zu verrechnenden Schulden des klägerischen Vaters die Parteien sich weitere Rechtszuständigkeiten vorbehalten haben:

daß die tut. nom. Kläger zwar zur Erhebung des ihrem Mündel überwiesenen Erbtheils des Hermann Friedrich Roosen an den Nachlaß der Maria Roosen für legitimirt zu erklären, das Zehnten-Amt aber zu befugen sei, auf diesen Erbtheil die Forderungen des fraglichen Nachlasses an den Vater des klägerischen Mündels, als Mitinhaber der insolventen Firma Berend Roosen jr., in Anrechnung zu bringen.

Rücksichtlich der Liquidirung des Erbtheils und namentlich rücksichtlich der Größe der gedachten Nachlaß-Forderungen bleiben beiden Partheien alle Rechtszuständigkeiten im weitesten Umfange vorbehalten.

Die Kosten dieses Processes werden compensirt.

Auf klägerische Appellation hat das Obergericht am 14. Juni dieses Erkenntniß lediglich bestätigt.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 33. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 16. August. Preis pro Quartal 1 Thaler

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Brandis c. Weinberg & Co. — Schiff c. Pollack. — Dr. Winterhoff c. Meyer & Bartels. — Bolten c. Mac Donald & Co. — Präturen: Bope und Krogmann c. Hirsekorn.

Handelsgericht.

No. 66.

Ferien-Kammer. Audienz vom 30. Juli 1862. Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Mutzenbecher und Abegg.

Dr. Brandis, als Wechselinhaber, gegen L. S. Weinberg & Co., modo Dr. Gompertz m. n. derselben.

Der Kläger verlangt die Bezahlung eines eigenen Wechsels von Bco.ℋ 100. (Anlage 1), auf welchem die Beklagten sich für den Aussteller verbürgt haben.

Beklagter wendet ein: Der eingeklagte Wechsel trage das Ausstellungsdatum vom 15. Juli 1862, sei aber an jenem Tage nicht ausgestellt. Die Unmöglichkeit der Richtigkeit des Ausstellungstages ergebe sich aus der Datirung eines auf der Rückseite des Wechsels befindlichen Indossaments vom 10. März 1862. Nun sei zwar jenes Datum des Indossaments ausgestrichen worden, indessen erscheine dasselbe bei genauer Ansicht noch lesbar, gehe auch aus vier anderen von ihm producirten, dem eingeklagten vollkommen gleichen Wechseln hervor, auf denen sämmtlich jenes Datum des Indossaments nicht ausgestrichen sei. — Sei nun aber das Ausstellungsdatum ein ersichtlich unrichtiges, so erscheine durch diese Mangelhaftigkeit eines nothwendigen Requisits der ganze Wechsel als ein ungültiger, denn der Art. 4 der Allgem. deutschen Wechselordnung, welcher bekanntlich das Datum der Ausstellung zu einem Essentiale des Wechsels mache, setze selbstverständlich ein richtiges Datum voraus.

Kläger entgegnet: Er stelle in Abrede, daß das Datum des libellirten Wechsels ein unrichtiges oder etwa ein später auf den Wechsel gesetztes sei, aus dem Wechsel selbst gehe eine derartige Unrichtigkeit in keiner Weise hervor, ein angeblich früheres Datum eines Indossaments sei auf dem Wechsel nicht erkennbar; das frühere Vorhandensein eines solchen müsse er leugnen, dasselbe würde überdies vollkommen bedeutungslos sein. — Das gegnerische Vorbringen sei somit in facto gänzlich illiquide und daher schon aus diesem Grunde im Wechselprocesse nicht zu berücksichtigen; es sei aber auch rechtlich irrelevant, da Beklagter nicht zu bestreiten vermöge, durch seine Unterschrift sich wechselrechtlich obligirt zu haben.

Erkannt:

Da die behauptete Unrichtigkeit des Wechseldatums aus dem Wechsel selbst nicht ersichtlich ist, indem die angebliche Datirung des Indossaments: „Hamburg, 10. März 1862" dergestalt durchstrichen worden, daß dieselbe nicht mehr erkannt werden

kann, die producirten Wechsel aber zur Herstellung jenes Datums in keinem Wege beweisend sein können, und übrigens das Datum eines Indossaments irrelevant ist in Bezug auf die Verbindlichkeit des Bürgen des Ausstellers eines Solawechsels;

da also m. m. Beklagter mit seinem gänzlich illiquiden Vorbringen jedenfalls zu abgesondertem Verfahren zu verweisen sein würde;

da aber das Datum des Wechsels ersichtlich unverändert ist, eine entgegenstehende Behauptung beklagtischerseits nicht aufgestellt worden, also der beklagtischen Angabe, daß der Wechsel vor dem 15. Juni 1862 ausgestellt sein müsse, nur die Bedeutung zukommt, daß dem Wechsel bei seiner Ausstellung ein späteres Datum gegeben sei, um den Verfalltag hinauszuschieben, und daß der Wechsel solchergestalt dem Remittenten überliefert sei;

da in solchem Falle nichts Anderes vorliegen würde, als daß die Parteien darüber übereingekommen, daß ein mit dem Vollzuge der Ausstellung und der Uebergabe der Urkunde verschiedenes Zeitdatum für den Wechsel gelten solle, ein Vertrag, welcher mit dem § 7. der A. D. W.-O. nicht in Widerspruch steht,

cf. Hoffmann Erläuterg. p. 203;

während freilich, wenn der Wechsel in Bezug auf das Datum in blanco ausgestellt und so ausgeliefert wäre, aus der Schrift keine wechselmäßige Verbindlichkeit weder für den Aussteller, noch für den Aval entstanden sein würde;

da jedoch eine bestimmte Behauptung dahin, daß die Anl. 1 ohne Datum dem Remittenten überliefert worden, in diesem Processe gar nicht aufgestellt ist, so daß eine Verweisung des desfalls erforderlichen Beweisverfahrens zu abgesondertem Verfahren unstattmäßig erscheint:

daß Beklagter bei anerkannter Handschrift der Anl. 1. die libellirten Bco.-℔ 100. sammt Zinsen vom Klagetage an und den Kosten sofort dem Kläger zu bezahlen schuldig;

auch die Sache zur Execution zu verweisen.

No. 67.

Ferien-Kammer. Audienz vom 6. August 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Nutzenbecher und Abegg.

Siegfried Schiff (Dr. John Israel) gegen Wilhelm Pollack (Dr. Gompertz).

Der Kläger behauptet: Er habe am 25. Juni von dem Beklagten an der Börse für 10,000 Fl. 1860er Loose zum Course von 72 pCt. per ultimo Juli gekauft und denselben Betrag derselben Loose zu dem nämlichen Course dem Beklagten per ultimo August wiederum verkauft. Beklagter habe sich indessen geweigert, die vom Kläger über diese Geschäfte ausgestellten Schlußnoten (Anlagen 1 und 2) anzunehmen und das Geschäft anzuerkennen, weshalb Kläger sofort einen notariellen Protest (Anlage 3) erhoben habe. Er bitte daher, den Beklagten zur Anerkennung der genannten Geschäfte und zur demgemäßen Erfüllung derselben unter Androhung einer Strafe von Bco.-℔ 2000. zu verpflichten.

Der Beklagte wendet ein: Das klagend behauptete Geschäft sei von ihm mit dem Kläger nicht fest abgeschlossen worden, indem vielmehr nur Verhandlungen über dasselbe zwischen den Parteien stattgefunden hätten; diese hätten indessen zu keinem Resultate geführt und habe er daher das in Rede stehende Geschäft mit einem Andern abgeschlossen. Später habe Kläger ihm die Schlußnoten (Anlagen 1 und 2) übergeben wollen, deren Annahme er selbstverständlich verweigert habe. Der Kläger habe übrigens schon nach seiner eigenen Schlußnote kein Recht, auf Anerkennung zu klagen, da Kläger nur Makler in Staatspapieren sei und als solcher zur Aufgabe eines Käufers verpflichtet erscheine, eine solche Aufgabe aber weder bei den Verhandlungen über das Geschäft erfolgt sei, noch selbst in den Schlußnoten sich finde. — Eventuell bemerke er in Rücksicht auf die vom Kläger beantragte, ganz unverhältnißmäßige Strafandrohung, daß die in Rede stehende Transaction die folgende Natur habe: der Verkäufer bezwecke, für kurze Zeit auf seine Papiere eine Summe Geldes aufzunehmen, er verkaufe dieselben daher per ultimo Juli und kaufe sie zu demselben Course per ultimo August zurück; sein Vortheil

aus dem Geschäfte sei die Benutzung des Geldes, während der Käufer einen Zins von 5 pCt. des Nominalwerthes der Loose, also in Wahrheit 7½ bis 8 pCt. lucrire. Die Chance einer inzwischen vorfallenden Gewinnziehung bleibe bei derartigen Geschäften dagegen usancemäßig dem Verkäufer vorbehalten.

Kläger entgegnet: Er wolle den Beweis des Abschlusses des in Rede stehenden Geschäfts durch sofortige Eideszuschiebung an den Beklagten antreten. Die beklagtische Behauptung, daß er bei der Transaction nur als Makler fungirt habe, sei eben so irrelevant als unwahr; er sei Fondshändler, und wenn er auch häufig andere Geschäfte unter Dritten vermittele, so habe er doch das fragliche Geschäft für eigene Rechnung abgeschlossen. — Das Interesse bei dem vorliegenden Geschäfte bestehe für ihn keineswegs nur in dem Zinsgewinne, er werde vielmehr in Folge des Kaufes Eigenthümer der Loose und habe als solcher selbstverständlich die Chance der Gewinnziehung für sich. Da nun im vorliegenden Falle die Loose am 1. August gezogen würden und ein gezogenes Loos wenigstens 1500 Fl. werth sein würde, man aber nicht wissen könne, ob nicht unter den ihm vom Beklagten zu liefernden Loosen gerade solche gewesen sein könnten, welche am folgenden Tage gezogen worden wären, so müsse ihm ein ex aequo et bono zu normirender Schadensersatz zugesprochen werden. Als Anleitung für einen solchen habe er die sehr mäßige Summe von Bco.℔ 2000. vorgeschlagen.

Beklagter bemerkt: Da sich aus dem gegnerischen Vortrage ergebe, daß jedenfalls ein Consens der Parteien rücksichtlich der Gewinn-Chancen nicht vorhanden gewesen sein könne, so sei das Geschäft unter keinen Umständen perfect geworden. — Eventuell wolle er den ihm deferirten Eid dem Kläger zurückschieben.

Kläger acceptirt den ihm referirten Eid.

Erkannt:

Da der Kläger weder als Makler beeidigt ist, noch die Vermittelung von Fondsgeschäften geschwornen Unterhändlern ausschließlich reservirt worden, hier also lediglich ein Handel zwischen den Parteien selbst anzunehmen ist;

da ferner derselbe nicht um deßwillen ungültig sein muß, weil über das Benefiz der Ziehung vom 1. August d. J. in den Anlagen 1 und 2 nichts abgemacht worden, sondern es sich in diesem Falle von selbst versteht, daß dasselbe dem Käufer zufällt;

da aber das geltend gemachte Interesse der geweigerten Erfüllung — den Beweis des Abschlusses vorausgesetzt — sich theils auf eine geringfügige Zinsendifferenz beschränkt, theils auf die Antheilsnahme an der gedachten Ziehung;

da das erstere richtig sich dahin evaluirt, daß die Zinsen der Obligationen für einen Monat auf 41⅔ Fl., d. h. zum festen Cours von 75 auf Bco.℔ 55. 9 ß sich stellen, während 6 pCt. im kaufmännischen Verkehr für die nicht ausgezahlte Summe von Bco.℔ 9600. für einen Monat Bco.℔ 48. betragen würden, die Differenz also Bco.℔ 7. 9 ß ausmacht;

da das zweite keineswegs auf einen unbestimmten Betrag, sondern richtig auf $\frac{187}{200}$ pCt. vom Nominalwerth zu schätzen ist, weil nach dem Plan über die betreffende Verloosung ungefähr ½ pCt. zu derselben verwendet wird, das Interesse einer jeden Ziehung, da davon zwei alljährlich stattfinden, in Wirklichkeit daher nicht höher, als oben angegeben, genau auf $\frac{187}{200}$ pCt., also für 1000 Fl. auf 53⅓ Fl. sich beläuft:

daß unter Festsetzung des Interesses im Falle nicht rechtzeitiger Erfüllung auf Bco.℔ 7. 9 ß und Oesterr. Fl. 53⅓., Kläger den von ihm acceptirten Eid in nächster Audienz nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Strafe der Eidesverweigerung dahin abzuleisten schuldig:

„Ich schwöre, daß ich die in den Anl. 1 und 2 verzeichneten Geschäfte mit dem Beklagten fest abgeschlossen habe."

Und soll nach geschehener Eidesleistung weiter wie Rechtens auch wegen der Kosten erkannt werden.

No. 68.

Erste Kammer. Audienz vom 2. Juni 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

Dr. Winterhoff m. n. Steuermann Wilhelm Leopold aus Alsleben gegen Meyer & Bartels (Dr. D. Hertz).

Der Kläger verlangt Bezahlung von 216 ℛ 5 Sgr. Fracht und Auslagen für eine Ladung Weizen, welche von ihm hierhergebracht und von den Beklagten bereits empfangen sei, laut Rechnung (Anl. 1).

Die Beklagten entgegnen: Nach dem Frachtbriefe habe der Kläger nur die Fracht und die erweislich ausgelegten rechtmäßigen Zölle und Schleusengelder zu erhalten; es seien demnach folgende Pöste von ihnen nicht zu ersetzen, vielmehr von der Anl. 1 zu streichen: 2 ℛ Ufergeld in Halle; 2 ℛ 5 Sgr. Accedenzien und Seilgeld; 1 ℛ für Manifeste und Hafenmeister in Wittenberge und 1 ℛ 15 Sgr. für Manifeste und Hafenmeister in Hamburg. Der Kläger habe ferner 2300 ℔ zu wenig geliefert, wofür ihm 92 ℛ abzuziehen seien; und endlich habe er durch seine unbegründete Weigerung, den Weizen, nachdem derselbe ausgeschlagen worden, ohne Verzug wieder in seinen Kahn überzunehmen, eine sonst nicht erforderliche Ausgabe für Schutenmiethe veranlaßt, welche ihm mit 30 ℛ 12 Sgr. in Abzug gebracht werden solle. Er habe demnach im Ganzen nicht mehr als 87 ℛ 3 Sgr. zu fordern, deren Zahlung offerirt werde.

Der Kläger erwidert: Solche Pöste, wie die von den Beklagten in der Anl. 1 beanstandeten, könne der Schiffer nach einer hier bestehenden Usanz stets vom Empfänger ersetzt verlangen. Das behauptete Untergewicht stelle er in Abrede; auch würde er für dasselbe, falls es vorhanden sein sollte, nicht aufzukommen haben. Die Beklagten hätten nämlich, noch vor erfolgter Abnahme der Ladung, einen Theil derselben in zwei Schuten — angeblich, weil dieselben gefährlich gelegen, was aber nicht der Fall gewesen — nach dem Kornschauer hingebracht und so seiner Controlle entzogen. Dies widerrechtliche Verfahren müsse zur Folge haben, daß er für eine etwaige Gewichtsdifferenz nicht mehr verantwortlich sei; eventuell wenigstens, daß die Beklagten in Betreff des von ihnen behaupteten Mancos für beweispflichtig anzusehen seien. Schutenmiethe brauche er nicht zu ersetzen, da eine solche keineswegs durch seine Schuld entstanden sei. Seine Weigerung, stechen zu lassen, sei durch das jener Zeit herrschende nasse Wetter begründet gewesen; überdies habe er dieselbe so rasch zurückgenommen, daß fast gar kein Verzug dadurch entstanden sei. Außerdem sei gar nicht zu ersehen, wie die Beklagten dazu kämen, gerade den angegebenen Betrag für diese Schutenmiethe zu verlangen.

Die Beklagten dupliciren: Die Gewichtsdifferenz betreffend, werde der Kläger beweisen müssen, daß er richtig geliefert. Denn die vorläufige Entfernung der zwei Schuten sei durch schlechtes Wetter geboten gewesen; und überdies hätten sie den Kläger aufgefordert, bei der Ablieferung zugegen zu sein.

Erkannt:

1) die von den Beklagten concedirten Pr. ℛ 87. 3 Sgr. betreffend:

daß Beklagte schuldig seien, diesen Betrag nebst den Zinsen vom Klagetage innerhalb 3 mal 24 Stunden dem m. n. Kläger sub poena executionis zu bezahlen;

2) die von den Beklagten bestrittenen Ansätze der klägerischen Rechnung im Betrage von 2 ℛ, 2 ℛ 5 Sgr., 1 ℛ und 1 ℛ 15 Sgr. betreffend:

da diese Ansätze sich sämmtlich auf solche Unkosten beziehen, welche nicht für die Ladung, sondern für den Kahn verausgabt sind, auch aus den beigebrachten Ladescheinen nicht zu entnehmen ist, daß der Empfänger der Ladung sie dem Schiffer zu vergüten habe,

da somit der klägerische Vollmachtgeber den Ersatz dieser Unkosten nur dann von den Beklagten beanspruchen könnte, wenn — wie m. n. Kläger behauptet — nach einer hierorts bestehenden Usanz bei Verladungen, wie die vorliegende, diese Unkosten dem Schiffer ersetzt werden müssen:

daß m. n. Kläger den Beweis seiner Behauptung bei Strafe des Beweisverlustes innerhalb acht Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses — den Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — anzutreten habe;

3) die von den Beklagten compensando

geltend gemachte Forderung auf Ersatz für 2300 ℔ Untergewicht betreffend:

da im vorliegenden Fall Beklagte nicht etwa die Ladung ohne allen Vorbehalt entgegen genommen und dadurch stillschweigend den Schiffer von jeder weiteren Verbindlichkeit hinsichtlich derselben entlassen haben, Beklagte vielmehr nur bevor die Abnahme der Ladung erfolgen sollte, zwei von den Schuten, in denen sie einen Theil der Ladung behufs der Bearbeitung derselben ausgeschlagen hatten, zeitweilig — wie sie angeben, weil diesen Schuten in Folge des stürmischen Wetters Gefahr drohete — vom Bord des Kahnes entfernt hatten,

da Beklagte durch dieses Verfahren, auch wenn eine genügende Veranlassung zu demselben nicht vorgelegen haben sollte, doch sich keineswegs in der Weise präjudicirt haben, daß nunmehr der Schiffer wegen des Gewichtes oder des Maaßes der Ladung ohne Weiteres von jeder Verantwortlichkeit freigesprochen werden müßte, vielmehr diesem Verfahren nur die Folge zugeschrieben werden kann, daß Beklagte den Beweis des von ihnen behaupteten Mancos zu führen haben,

daß Beklagte innerhalb 8 Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses — dem m. n. Kläger Gegenbeweis vorbehältlich — bei Strafe des Beweisverlustes den Beweis anzutreten haben,

daß an der von dem klägerischen Kahn für sie hierhergebrachten Ladung Weizen 2300 Pfund (oder wie viel weniger) gefehlt haben;

4) die von den Beklagten ferner noch compensando geltend gemachte Forderung auf Ersatz für Schuten-Miethe betreffend,

da Beklagte hinsichtlich der Zahl der Schuten und der für dieselben in Rechnung gestellten Tage es an einer näheren Begründung dieses ihres Gegenanspruches haben fehlen lassen,

daß Beklagte vorgängig, und zwar gleichzeitig mit der Antretung des ihnen unter 3 nachgelassenen Beweises, diesen ihren Gegenanspruch unter dem Präjudiz, daß sie mit demselben nicht weiter werden gehört werden, gehörig zu substantiiren haben.

No. 69.

Ferien-Kammer. Audienz vom 6. August 1862.
Präses: Herr Dr. Lehmann. Richter: die Herren Mutzenbecher und Abegg.

Aug. Bolten, Wm. Millers Nachfolger, nom. Capt. J. Gödge, Schiff „Madras“ (Dr. Sieveking) gegen J. R. Mac Donald & Co. (Dr. Antoine-Feill.)

Der Kläger verlangt die Bezahlung von pro resto 235 $ 45. Fracht, sowie ferner 70 $ Liegegeld für zwei Ueberliegetage in Newyork. Es sei ihm nämlich in der mit dem Ablader der Beklagten in Newyork geschlossenen Chartepartie eine volle Ladung versprochen worden; da er jedoch eine solche nicht erhalten habe, so sei er gezwungen gewesen, andere Güter zu suchen und beizuladen und sei dadurch — ausweise von ihm erhobenen Protestes — ein Zeitverlust von zwei Tagen entstanden.

Die Beklagten entgegnen: Nach § 2 der Chartepartie habe der Capitain sich verpflichtet, ohne Consens des Charterers keine Ladung von einem Anderen einzunehmen, bei Strafe des Verlustes der Fracht dafür.*) Dennoch habe der Capitain fremde Güter beigeladen und dafür an Fracht 189 $ 59. eingenommen, die man nach der erwähnten Bestimmung der Chartepartie von der geforderten Fracht in Abzug bringe. — Die Behauptung des Klägers in dem producirten Proteste, es sei ihm keine volle Ladung gegeben worden, sei unwahr. Wäre dies aber auch der Fall gewesen, so habe der Capitain doch anders verfahren müssen. Er hätte mehr Ladung — die man ihm gern gegeben hätte — fordern und desfalls im Weigerungsfalle protestiren müssen. Statt dessen sei der producirte Protest erst nachdem das Schiff bereits von Newyork abgesegelt war wegen der beiden Ueberliegetage erhoben worden. Eventuell, wenn die dem Capitain gegebene Ladung wirklich nicht genügend gewesen wäre, so würde derselbe doch nur berechtigt gewesen sein, die volle Fracht für den leeren Raum zu fordern, zumal er durch das empfangene Gut für die Fautfracht gesichert war. Da-

*) Der betreffende Passus lautet: „and that no goods or merchandise whatever shall be laden on board, otherwise than from the said party of the second part (dem Charterer) or his agent without his consense, on pain of forfeiture of the amount of freight agreed upon for the same.“

gegen habe er nicht von anderen Ladung einnehmen dürfen, um so mehr als durch die Beiladung der Tiefgang vermehrt und dadurch Schiff und Ladung in Gefahr gebracht worden seien. Auch der Anspruch auf Liegegeld (70 $) sei, da der Capitain am 21. Mai vollständig beladen gewesen und nicht an diesem Tage wegen Ueberliegegeld protestirt worden, unbegründet. Sie producirten zwei Affidavits, indem sie bestreiten, daß der vom Capitain erhobene Protest am 24. Mai insinuirt sei. Vielmehr habe der Ablader erst am 26., nachdem das Schiff bereits am 25. abgegangen, Kenntniß davon erlangt. Den nach Abzug von 189 $ 59. und 70 $ verbleibenden Rest von 45 $ 86. retinirten sie für die Poceßkosten.

Der Kläger replicirt: Die englische Strafclausel in § 2 der Chartepartie habe nicht die Bedeutung, daß im Falle des Zuwiderhandelns die Strafe zu erheben, sondern nur, daß der Gläubiger berechtigt sei, sein Interesse bis zu diesem Belaufe geltend zu machen. Dies gelte überall dann, wenn eine penalty in Englischen Contracten stipulirt sei. cf. Neues Archiv für Handelsrecht Bd. I. Nicht die Strafe als solche, sondern nur Schadensersatz könne gefordert werden. Daß aber den Beklagten ein Schaden erwachsen sei, werde gar nicht behauptet. Das Factische anlangend, so sei am 21. Mai Morgens die Beladung fast vollendet gewesen, der Capitain habe das Schiff verlassen müssen und dem Steuermann Ordre gegeben, bis zu 430 Tons einzuladen. Nach Einnahme von 420 Tons aber habe der Agent des Abladers die Beladung für genügend erklärt, und sich ungeachtet ergangener Aufforderung geweigert, mehr Ladung zu geben. Durch Vermittlung des Maklers habe der Capitain dann die beigeladenen anderen 20 Tons erhalten. Der Protest constatire diese Thatsachen und sei am 21. Mai insinuirt. Daß der Capitain sich wegen der Fautfracht an die Güter hätte halten können und mit leerem Raum habe fahren müssen, sei unrichtig; wie nun, wenn man ihm so wenig Ladung gegeben hätte, daß er damit gar nicht zu segeln im Stande war? Von einer Gefahr wegen des Tiefgangs sei nicht zu reden, da das Schiff die Reise ohne Gefährdung zurückgelegt habe. — Es sei entscheidend, daß der Kläger ohne volle und bequeme Ladung nicht zu segeln brauche und eine solche ihm verweigert sei.

Die Beklagten dupliciren: Das von der Bedeutung der englischen penalty vom Kläger Gesagte passe nicht auf die hier vorliegende Clausel, daß der Capitain im Falle der Beiladung fremder Güter der Fracht dafür verlustig gehen solle. Derselbe könne durch seinen dolus, indem er solche fremde Güter einnahm, nicht den Vortheil haben, die Extrafracht dafür einzuziehen.

Erkannt:

da der von Beklagten gemachte Frachtabzug nicht um deswillen verwerflich zu erachten, weil die penalty Clausel in Chartepartien nach dem Stat. 8 und 9 Wilhelm III. c. 11 s. 8 keine selbstständige Rechte gewährt, sondern dennoch der Gläubiger nur sein wirkliches Interesse geltend machen kann und dieses zu erweisen hat (Voigt die penalty Clausel, N. Archiv I., p. 198) indem ersichtlich in der sub 2 der Charter enthaltenen Stipulation, wie bei der Festsetzung von Ueberliegegeld ein liquidated damage normirt ist (Voigt eod. p. 200),

da andererseits solcher Abzug durch die einseitigen beklagtischen Affidavits nicht als bereits erwiesen angesehen werden kann, noch dadurch justificirt ist, daß der Capitain erst am 24. Mai Protest levirte, sofern nur dargethan wird, daß er oder sein Vertreter vor Annahme der Beiladung von dem Befrachter oder dessen Vertreter wirklich mehr Guano Ladung verlangte, und daß die Lieferung derselben verweigert sei,

auch den Beklagten nicht darin beizupflichten ist, daß der Capitain unter allen Umständen keine Beiladung nehmen durfte, sondern mit dem leeren Raum hätte absegeln müssen, indem er vielmehr die gewöhnliche Diligenz zur Erlangung einer solchen anzuwenden hatte,

cf. H.-G.-Erk. in S. Dr. Voigt c. Hälssen 8. April 1854; Lorent am Ende & Co. c. Stockfleth 11 Nov. 1854,
Ullrich, Samml. 136, 175,

da ferner der Anspruch auf Liegegeld in somit hinfällig erscheint, als das Schiff auch dann, wenn ihm statt der Beiladung Guano von dem Befrachter gegeben wäre, um einige Frist seine Ladezeit hätte ausdehnen müssen, indem die Beladung nach der Charter lediglich ohne Aufenthalt

(dispatch) zu geschehen hatte, der Anspruch also nur dann begründet ist, wenn mehr Guanoladung gefordert und verweigert worden und außerdem die Beiladung zwei Tage Ladezeit mehr erforderte als eine entsprechende Guanoladung,

daß Beklagter die libellirten $ 305. 45 in 3 mal 24 Stunden s. p. execut. ad depos. judic. zu bringen schuldig,

Kläger aber den Beweis:

daß er oder sein Vertreter vor Annahme der Beiladung von dem Befrachter oder dessen Vertreter wirklich mehr Guanoladung verlangt habe und daß die Lieferung derselben verweigert sei,

sowie hinsichtlich des Liegegeldes Erstere den Beweis:

daß die Beiladung um zwei Tage mehr Ladezeit in Anspruch genommen hat, als eine weitere Beladung mit Guano erfordert hätte,

zu führen und, Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, innerhalb acht Tagen bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig.

Und bleibt die Benutzung der producta im Beweis- und Gegenbeweisverfahren vorbehalten.

Prätturen.

No. 14.

Landprätturen. Prätor: Herr Dr. Kunhardt.

H. F. Boye und J. F. Krogmann, als Deputirte der Interessentschaft der Straße „an der schönen Aussicht" (Dr. Wex) gegen C. N. Hirsekorn (Proc. Blum).

Die Kläger verlangen vom Beklagten die Summe von Crt.$ 176. 6 ß, als Beitrag zu den Kosten für Unterhaltung der Fahrstraße an der schönen Aussicht und für die Gasbeleuchtung daselbst, da diese Kosten ausweise der Statuten der Interessentschaft (Anlage 1) von den Interessenten der Straße pro rata der Frontenbreite ihrer Grundstücke zu tragen seien.

Beklagter wendet ein: Er sei der in Rede stehenden Interessentenschaft nicht beigetreten, habe das betreffende Statut nicht unterschrieben und sei in den Versammlungen der Interessenten nie erschienen. — In dem Contracte, welchen er über den Kauf seines Grundstückes mit dem früheren Eigenthümer desselben, Dr. Abendroth, abgeschlossen habe, sei allerdings bemerkt worden, daß die Unterhaltung der Fußwege an der „schönen Aussicht", so lange diese Unterhaltung nicht vom Staate übernommen werde, von den angrenzenden Eigenthümern pro rata der Frontenbreite ihrer Grundstücke getragen werde. Auch sollte die Mehrheit der Interessenten die Herstellung anderer Arbeiten in gemeinschaftlichem Interesse, als Reinigung der Straße von Schnee u. dgl., beschließen können. — Obwohl nun aus diesem von ihm mit Dr. Abendroth abgeschlossenen Contracte der Interessentschaft ohne Weiteres keine Rechte erwachsen könnten, habe er stets den ihm für Unterhaltung der Straße abverlangten Beitrag bezahlt, habe aber stets gegen die Höhe des für ihn angesetzten Beitrages protestirt, indem die Kläger ihn für sein Grundstück, welches an beiden Seiten der Straße belegen sei (sog. Vorland), mit einem Beitrage für beide Fronten angesetzt habe, während doch diese Modalität der Berechnung ersichtlich eine unrichtige sei. Außerdem habe man neuerdings von ihm einen Beitrag zu den Kosten einer ohne seine Bewilligung beschlossenen Gasbeleuchtung und für einen gleichfalls ohne sein Zuthun engagirten Nachtwächter verlangt und auch diesen Beitrag abermals in der oben erwähnten widersinnigen Modalität berechnet. Er verweigere daher die Bezahlung der geforderten Summe, indem er nur zu einem Beitrage für Unterhaltung der Straße und Gasbeleuchtung pro rata einer Fronte seines Grundstückes bereit sei.

Die Kläger entgegnen: Beklagter habe sich stets als Mitglied der Interessentschaft gerirt, habe Einladungen zu den Versammlungen entgegengenommen und sich jedesmal beim Ausbleiben entschuldigt, auch durch den Mitkläger Boye behufs Repartirung der Kosten selbst Anträge stellen lassen; endlich habe Beklagter auch zu den Kosten für die Gasbeleuchtung stets beigetragen und wenn er auch rücksichtlich der Höhe des von ihm verlangten Beitrages protestirt habe, so habe er doch seine Mitgliedschaft selbst anerkannt. Durch den abgeschlossenen Kaufcontract sei der Beklagte ferner verpflichtet, auch zu solchen Einrichtungen beizutragen, welche von der Mehrheit der Interessenten zum allge-

meinen Besten beschlossen würden, zu diesen Einrichtungen gehöre aber auch diejenige der Gasbeleuchtung, welche mit einer Majorität von drei Viertheilen der Interessenten beschlossen worden sei; habe Beklagter an den desfallsigen Berathungen keinen Theil genommen, so sei das seine eigene Schuld, da er stets zu den Versammlungen geladen worden; bei seinem Ausbleiben habe er sich natürlich die Beschlüsse der Anwesenden gefallen zu lassen.

Erkannt am 9. Juli:

da Kläger nicht behaupten, daß Beklagter der klägerischen Interessentschaft als Mitglied beigetreten ist und die Statuten durch seine Unterschrift anerkannt hat,

da auch ausweise des Protocolls Beklagter in den Versammlungen der Interessentschaft weder selbst erschienen ist, noch sich hat vertreten lassen,

da endlich weder daraus, daß Beklagter bisher seinen Beitrag zu den Kosten bezahlt, zumal da er unbestritten über die Vertheilung der Kosten mehrfach Beschwerde geführt hat, noch daraus, daß er durch einen Antrag an den Deputirten Boye, wenn selbst darunter etwas Mehreres als eine wiederholte Beschwerde verstanden werden müßte, eine anderweitige Vertheilung der Kosten zu veranlassen gesucht hat, eine stillschweigende Anerkennung der Statuten gefolgert werden kann

da nun zwar dem Beklagten nicht darin beigepflichtet werden kann, daß zwischen ihm und dem Kläger ein nexus obligatorius nicht vorhanden sei, indem sein Verkäufer, Dr. Abendroth, unbestritten Mitglied der klägerischen Interessentschaft gewesen ist und ausweise § 3 sub c. des Kaufcontractes dem Beklagten bestimmte Verpflichtungen in Betreff der Unterhaltung der Straßen und Fußwege auferlegt hat, so daß das in demselben § erwähnte, zum Zweck der Unterhaltung dieser Wege erwählte Comité aus abgeleitetem Recht den Beklagten in Anspruch zu nehmen berechtigt ist,

da eben deshalb nur der Kaufcontract über den Umfang der Verpflichtungen des Beklagten entscheidet,

da nun, was zunächst die Modalität der Vertheilung der Kosten betrifft, in dem § 3 sub c. bestimmt ist, daß die Kosten der Unterhaltung pro rata der Frontenbreite der Grundstücke getragen werden sollten,

da, wenn es schon an und für sich zweifelhaft ist, ob diese Bestimmung dahin interpretirt werden könne, daß die Grundstücke, zu welchen ein s. g. Vorland gehört, für zwei Fronten zu contribuiren habe, einer solchen Interpretation um so weniger beigestimmt werden kann, als im Nachsatz verfügt ist, daß jedes Grundstück nur eine Stimme haben solle,

da mithin der Verkäufer Dr. Abendroth, wenn er beabsichtigt haben sollte, den Beklagten zu verpflichten, nach solcher Modalität zu den Kosten der Unterhaltung beizusteuern, ausdrücklich darauf seinen Käufer hätte hinweisen müssen, wie denn auch die klägerische Interessentschaft für nöthig gehalten hat, in § 2 der Statuten hervorzuheben, daß die Vertheilung der Kosten in der angegebenen Weise zu geschehen habe;

da, was sodann den Beitrag zu der Gasbeleuchtung betrifft, in dem § 3 sub c. bestimmt ist, daß, falls die Mehrheit es beschließt, auch andere Arbeiten von gemeinsamem Interesse dem Comité übertragen werden können;

da dieser § nur von der Unterhaltung der Straßen und Fußwege handelt und doch nur unter den Arbeiten, deren Ausführung von der Mehrheit beschlossen werden kann, solche Arbeiten verstanden werden können, welche mit der Unterhaltung der Straßen und Fußwege in unmittelbarer Verbindung stehen, wie denn in dem § beispielsweise die Reinigung derselben von Schnee und Eis hervorgehoben wird;

da nun allerdings in diesem § auch die Wasserversorgung zu solchen Arbeiten gerechnet wird;

da aber daraus um so weniger auf die Verpflichtung des Beklagten zu allen Einrichtungen, welche etwa die Mehrheit der Grundeigenthümer zu treffen für zweckmäßig halten sollte, beizusteuern geschlossen werden kann, als eine solche Verpflichtung an und für sich eine ganz außergewöhnliche sein würde, für welche es, wenn dieselbe als auferlegt und übernommen gelten sollte specieller Vorworte bedurft hatte;

da, was endlich die Kosten für den Nachtwächter betrifft, eine rechtliche Verpflichtung des Beklagten, zu diesen Kosten beizutragen, aus dem § 3 des Contractes ersichtlich nicht abgeleitet werden kann:

daß Kläger mit ihrer angestellten Klage unter Verurtheilung in die Kosten abzuweisen seien.

Den Klägern bleiben übrigens für eine nach Maaßgabe der contractlichen Verpflichtungen des Beklagten aufzumachende Vertheilung der Unterhaltungskosten der Straßen und Fußwege Competentien gegen den Beklagten reservirt und wird den Klägern gleichzeitig über die Erklärung des Beklagten, zu den Kosten der Gaserleuchtung pro rata der Breite seines Grundstückes beisteuern zu wollen, hiemit Acte ertheilt.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 34. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 23. August. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Capt. Squire c. Lenders. — Arnthal & Horschitz Gebr. c. Bredow. — Fromm c. Wolffsohn. — Dr. Banks c. Hartmann.

Handelsgericht.

No. 70.

Ferien-Kammer. Audienz vom 16. August 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann. Richter: die Herren Krogmann und Abegg.

Capt. R. Squire (Dr. Sieveking) gegen J. Lenders in Altona (Dr. G. Hertz).

Der Kläger führt aus: Er habe an R. M. Sloman hier das Schiff „Isabel" verkauft und sei der Beklagte ausweise Erklärung desselben (Anl. 2) in diesen Kaufcontract eingetreten. In dieser Erklärung habe derselbe sich zur Unterzeichnung des Kaufbriefs und Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, sobald ihm das Schiff in solchem Zustande überliefert werde, daß es von den hiesigen Besichtigern für sound werde erklärt werden. — Dieses sei nun, nachdem das Schiff im Dock reparirt worden, geschehen und fordere er deshalb die Verurtheilung des Beklagten zur Abnahme des Schiffes gegen Zahlung des Kaufpreises, nach vorgängiger Subsidialladung nach Altona. Die Competenz des hiesigen Gerichts sei nicht zu bezweifeln, da der Contract hier geschlossen und zu erfüllen sei, wie denn auch das Schiff noch jetzt im hiesigen Hafen liege und zur Disposition des Beklagten stehe.

Der Beklagte entgegnet: Das Hamburgische Gericht sei für die vorliegende Sache nicht competent. Ein hiesiges Domicil des Beklagten sei nicht behauptet. Der Contract sei nicht hier geschlossen, sondern in Altona im Comptoir des Beklagten und die Anl. 2 nur zufällig von Hamburg datirt. Es sei nirgends gesagt, daß in Hamburg erfüllt werden müsse, daß hier zu zahlen sei. Um ein forum contractus zu begründen, müsse zu dem Umstande des geschlossenen Contracts hinzukommen, daß der Beklagte entweder mit seiner Person hier angesessen oder mit Gütern hier zu betreffen, daß eine missio in possessionem gegen ihn anwendbar sei, wozu noch komme, daß gegen Altonaer nicht einmal Arrest gelegt werden dürfe. Von einem forum rei sitae endlich könne nur da die Rede sein, wo es sich um einen Streit über dingliche Rechte handele, was hier nicht der Fall.

Der Kläger replicirt: Das Geschäft sei hier geschlossen und hier zu erfüllen, was aus der hiesigen Datirung der Anl. 2 hervorgehe. Der Beklagte besuche ferner regelmäßig die hiesige Börse. Das Schiff

sei endlich hier zur Disposition; es diene dem Kläger als Pfand für seine Befriedigung, die hiesige Behörde allein könne die Befugniß zum öffentlichen Verkauf ertheilen. Daß in solchen Fällen Auswärtige hierher citirt werden könnten, sei erkannt in Sachen Schiller c. Rathenau 1843, Schiller c. Salomon 1842, Warnecke c. Moller 1841, Lütteroth c. Mertens 1848.

Der Beklagte bemerkt, daß das fragliche Geschäft kein Börsengeschäft sei und deßhalb der Umstand, daß der Beklagte die hiesige Börse besuche, nicht zu beachten. Der fernere Umstand, daß das gekaufte Schiff in Händen des Klägers sei, sei nicht gleichbedeutend, wie wenn Kläger Beklagtens Gut in Händen habe.

Erkannt:

da zwar die Anl. 1 und 2 aus Hamburg datirt worden, also der behauptete Kauf des Schiffes „Isabel" in Hamburg geschehen ist und die Erfüllung desselben hier einzutreten hatte, weil, wenn eine andere Abrede nicht erhellt, die Annahme des verkauften Schiffes da, wo es sich befindet, also hier zu geschehen hat, und Zug um Zug der Kaufpreis zu leisten ist,

da aber zur Begründung des Gerichtsstandes des Contractes außerdem der Aufenthalt des eingeklagten Contrahenten in dem Gerichtsbezirke des Contractes oder der Besitz von Vermögen in demselben zur Zeit der Klage erforderlich ist, wie dies vom Beklagten als die für Hamburg gültige Interpretation des cap. 1 §. 3 de foro competente in VIto 2, 2 nach Inhalt O.-A.-G.-Erk. in S. Dr. Eden m. n. c. Dr. Goßler m. n. d. d. 20. Juni 1839 mit Recht hervorgehoben ist,

da nun der Besuch der Hamburger Börse durch den Beklagten als ein Aufenthalt, wo derselbe rite hieselbst geladen werden könnte, nicht gelten kann, und um so weniger, als der Beklagte unbestritten seinen Wohnsitz in Altona hat,

da eben so wenig Güter desselben, welche eine missio in possessionem zulassen, hier um deswillen als vorhanden anzusehen sind, weil, wenn der Kläger obsiegen sollte, der Beklagte zur Abnahme des Schiffes anzuhalten sein würde, und falls er solcher Auflage nicht nachkäme, der Verkauf des Schiffes für seine Rechnung und Gefahr zur Deckung des klägerischen Anspruchs zu geschehen hätte,

denn unter dem Besitz von Vermögen im Gerichtsbezirke zur Zeit der Klage ist nur solches zu verstehen, welches dem Beklagten nach Inhalt der Klage unzweifelhaft bei der Ladung zustand und in welches daher von vornherein die Execution des etwa Erkannten als gesichert anzusehen ist,

bei allen gegenseitigen Obligationen wie beim Kaufe wird nun zwar, wenn über die libellirten Verbindlichkeiten des Beklagten zu dessen Ungunsten erkannt worden, eine Gegenleistung des Klägers fällig, diese ist aber gerade, weil sie erst eine Folge der Verurtheilung, bis dahin im Vermögen des Klägers und kann daher nicht als Theil des beklagtischen Vermögens zur Competenzbegründung gegen den Beklagten dienen,

da dem entsprechend auch vom Handelsgerichte in S. Eisenberg c. Burmann & Meckel in Elberfeld am 26. April 1851 erkannt worden und die vom Kläger in Bezug genommenen Erkenntnisse immer nur darauf basiren, daß die derzeitigen Kläger justo titulo in den Besitz des Eigenthums ihrer auswärtigen Schuldner gelangten:

daß Kläger unter Verurtheilung desselben in die Kosten von hier ab und an das competente Gericht zu verweisen.

No. 71.

Erste Kammer. Audienz vom 2. Juni 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

Arnthal & Horschitz Gebrüder (Dr. Levy) gegen G. Bredow (Dr. Antoine-Feill).

Die Kläger verlangen Verurtheilung des Beklagten in die sofortige Empfangnahme von 15 Last

Weizen, da derselbe von laut Schlußnote (Anlage 1) gekauften 25 Last nur 10 Last empfangen habe.

Der Beklagte entgegnet: Es seien ihm von den Klägern am 19. April 19 Last und am 22. April 6 Last angedient worden; die Letzteren seien auch empfangen. In Betreff der 19 Last habe er am 29. April Mittags an der Börse die Lieferung hinter Blancks Speicher auf den folgenden Tag bestellt. Es seien ihm dann am 30. April auch 10 Last geliefert; den Rest von 9 Last aber, welcher ihm an dem genannten Tage nicht geliefert worden, habe er aufschießen müssen, da ihm selbst diese Quantität von seinen Käufern aufgeschossen wurde. Daß er dazu berechtigt gewesen, da ihm nicht an dem festgesetzten Tage geliefert worden, sei unzweifelhaft; und seien die Kläger daher mit ihrer Klage abzuweisen. Schlimmstenfalls würde er, wie sich aus dem Vorgebrachten ergebe, nur noch 9 Last zu empfangen haben.

Die Kläger erwidern: Es habe nach Schlußnote in acht bis zehn Tagen nach Andienung empfangen werden sollen; und sei der Beklagte sonach verpflichtet gewesen, wenn ihm innerhalb dieser Zeit geliefert wurde, zu empfangen. Am 30. April, welches erst der achte Tag war, sei ein Theil des Weizens in eine Schute geschlagen worden; diese aber sei wegen niedrigen Wasserstandes eine kurze Strecke vor dem beklagtischen Speicher im Canal stecken geblieben und erst um 5 Uhr wieder freigekommen, so daß ihre Entlöschung bis 9 Uhr gedauert habe. An demselben Tage noch weiter zu liefern, seien sie unter solchen Verhältnissen weder im Stande noch verpflichtet gewesen; es sei jedoch am 1. Mai, als am neunten Tage nach der Andienung, noch rechtzeitig von ihnen offerirt worden. Die Weigerung des Beklagten, an diesem Tage noch zu empfangen, sei also unbegründet gewesen und die Klage demnach völlig gerechtfertigt. Wegen der Differenz in Betreff des Quantums würden Competentien reservirt.

Der Beklagte duplicirt: Die Kläger verkennen die Natur des vorliegenden Geschäfts. Bei demselben habe der Käufer das Recht, nachdem ihm angedient worden, acht bis zehn Tage mit dem Empfange zu warten; wenn er aber die Lieferung bestellt habe und ihm vom Verkäufer dann nicht geliefert werde, so sei er berechtigt, sich vom Empfange loszusagen (vergl. Erkenntniß des Handelsgerichts in Sachen Liefmann Söhne gegen Bredow vom 13. Juli 1861 *). — Daß, wie die Kläger angeben, die Schute nicht habe an den Speicher gelangen können, sei für ihn natürlich durchaus irrelevant.

Erkannt:

da Kläger nicht bestreiten, daß Beklagter am 29. April Alles, was er auf die ihm laut der Schlußnote (Anlage 1) verkauften 25 Last Weizen zu empfangen hatte, — es möge nun dieses Quantum, wie Kläger behaupten, sämmtliche 25 Last, oder, wie Beklagter angiebt, nur noch circa 19 Last betragen haben, — auf den folgenden Tag zur Lieferung bestellt habe, und zwar unter der näheren Aufgabe, daß die Lieferung — wie Beklagter dieses nach Inhalt der Schlußnote zu verlangen berechtigt war — hinter Blanck's Speicher geschehen sollte;

da demnach Kläger dieser Bestellung gemäß die Lieferung am 30. April zu beschaffen hatten und von dem Beklagten nur dann verlangen könnten, daß dieser sich auch eine spätere Lieferung gefallen lasse, wenn sie ohne ihre Schuld durch besondere Umstände am 30. April verhindert worden wären, das zu liefernde Getreide vom Kahn aus an den ihneu aufgegebenen Speicher bringen zu lassen;

da nun freilich Kläger, um es zu rechtfertigen, daß sie am 30. April nur 10 Last von dem zu liefernden Quantum wirklich hinter Blanck's Speicher geliefert haben, sich darauf berufen, daß die Schute, in welche sie diese 10 Last einladen ließen, in Folge des niedrigen Wasserstandes auf dem Wege zu dem Speicher im Canal festgerieth und demzufolge so spät an den Speicher gelangte, daß die Entlöschung bis spät Abends gedauert habe;

da jedoch, wenn Kläger, wie es scheint, beabsichtigt haben sollten, mit derselben Schute, in welcher sie die 10 Last lieferten, auch den Rest

*) vergl. „Gerichts-Zeitung“ von 1861. No. 22. S. 172. Handelsgericht No. 55.

der Waare vom Kahn abholen und an den Speicher bringen zu lassen, es offenbar den Beklagten nichts angehen würde, daß die Erwartung der Kläger, es werde in dieser Weise das ganze Quantum noch an demselben Tage geliefert werden können, durch das Festgerathen der Schute vereitelt worden;

da dann aber die Argumentation der Kläger, daß der Rest der zu liefernden Waare, wenn er in einer andern Schute verladen worden wäre, nicht früher als die 10 Last eingetroffen sein würde und demzufolge nicht mehr an demselben Tage hätte entlöscht werden können, lediglich auf der Vermuthung beruht, daß auch diese zweite Schute in dem Canal festgerathen sein würde, diese Vermuthung aber um so weniger in Betracht kommen kann, als aus den Angaben der Kläger nicht zu entnehmen ist, ob sie nicht die Schute mit den 10 Last an dem Tage so zeitig hätten in die Fahrt setzen können, daß auch diese Schute nicht festgerathen sein würde:

daß Kläger mit der von ihnen erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Proceßkosten abzuweisen.

No. 72.

Ferien-Kammer. Audienz vom 16. August 1862.

Präses: Herr Dr. **Lehmann**; **Richter:** die Herren **Krogmann** & **Abegg**.

H. C. A. Fromm (Dr. Hachmann) gegen **Rudolph Wolffsohn**, modo **W. Wolffsohn** in väterlicher Vormundschaft seines Sohnes **R. Wolffsohn** (Dr. D. Hertz).

Der Kläger verlangt von dem Beklagten als angeblichen Mitinhaber der früheren Firma Russell & Wulffsohn in Liverpool die Bezahlung eines von ihm auf die beklagtische Firma gezogenen und von dieser acceptirten Wechsels zum Betrage von £ 30. inclusive der Ricambiospesen mit Bco.ℳ 451. 11 ß.

Wilhelm Wolffsohn, welcher als väterlicher Vormund seines Sohnes denselben vertritt, wendet ein: Ausweise eines von ihm als Anlage A producirten Geburtsscheines sei sein Sohn, Rudolph Wolffsohn, zur Zeit noch minderjährig und könne derselbe daher überall auf Grund des vorliegenden Rechtsgeschäftes nicht in Anspruch genommen werden. — Auch abgesehen hiervon sei der beklagtische Sohn aus dem libellirten Accepte in keiner Weise obligirt, er sei niemals Mitinhaber einer Firma Russell & Wulffsohn gewesen und habe den vorliegenden Wechsel weder selbst acceptirt, noch zu dessen Acceptirung speciellen oder generellen Auftrag ertheilt. Er habe in Liverpool, woselbst er eine Anstellung als Commis gesucht, die Bekanntschaft eines gewissen Röhl gemacht, ohne jedoch eine Societät mit demselben einzugehen. Es stamme nun aber das vorliegende Accept aus Obligationen, welche Röhl lange vor Ankunft des beklagtischen Sohnes in Liverpool dem Kläger gegenüber eingegangen sei, und könne daher das Accept den beklagtischen Sohn unter keinerlei Umständen concerniren.

Kläger entgegnet: Es werde seinerseits bestimmt behauptet, daß der beklagtische Sohn zur Zeit des in Rede stehenden Accepts Mitinhaber der Firma Russell & Wulffsohn gewesen sei; dieser Umstand erhelle aus dem eigenen Zugeständniß des beklagtischen Sohnes in zwei Briefen (Anl. 4 u. 5 *), welche derselbe dem Kläger zur Uebermittelung an den andern Inhaber der erwähnten Firma, Röhl oder Russel, übergeben habe, welche Briefe indessen wegen spurlosen Verschwindens des Letzteren nicht zu bestellen waren. — Unter diesen Umständen sei es irrelevant, aus welcher Zeit die dem Accepte zu Grunde liegenden Verhältnisse stammen sollten, indem das Accept jedenfalls zu einer Zeit geleistet worden, in welcher die Handlungen seines Socius den beklagtischen Sohn obligiren mußten. — Die vorgeschützte Einrede der Minderjährigkeit sei durchaus hin-

---

*) Die Anlage 4 lautet:

Herrn Russell. Liverpool.

„Durch Hrn. Fromm hierselbst wurde mir ein Wechsel vorgezeigt, welchen Sie zur Zeit, als ich noch mit Ihnen associrt war, jedoch ohne mein Wissen und Willen, für Rechnung der damaligen Firma Russell & Wulffsohn acceptirt haben“ u. s. w.

fällig, da ein Minderjähriger, welcher eine Firma etablire und gewerbsmäßig Handel betreibe, sich mithin der Verkehrswelt gegenüber doloser Weise als großjährig gerire, auf die beneficia minorum keine Ansprüche machen dürfe; ein Rechtssatz, welcher in Doctrin und Praxis und namentlich in neuerer Zeit vom Hamburgischen Handelsgerichte wiederholt anerkannt worden sei. Er verweise auf die Erkenntnisse in Sachen Dr. Meier c. Gans und Michael & Cronheim c. Derenburg. (Gerichtsztg. von 1861. S. 65. 100. 148.)

Beklagter führt an, die als Anlagen 4 und 5 producirten Briefe seines Sohnes an Russell seien vom Kläger seinem Sohne unter dem Vorgeben entlockt worden, daß Letzterer in keiner Weise aus dem Wechsel in Anspruch genommen werden solle, durch diese Briefe aber könne sich sein minderjähriger Sohn ebensowenig obligiren, wie in den Briefen selbst ein Geständniß zu erblicken sei; und müsse er durchaus bei seinem Leugnen des gegnerischen Vorbringens beharren. Indessen sei auch dieses Vorbringen an sich irrelevant, da selbst ein Minderjähriger, welcher eine Handlung ohne Wissen seines Vaters oder seiner Vormünder etabliren sollte, dadurch nicht ohne Weiteres die Rechtswohlthaten der Minorennen einbüße.

Erkannt:

da in unserm Rechte sowohl für Pupillen wie für Minderjährige der Art. 58 der Vormundschafts-Ordnung bestimmt, daß ein Contract oder ein sonstiges Rechtsgeschäft, welches mit einem Minderjährigen persönlich abgeschlossen worden, denselben nur bindet, wenn die Vormünder, resp. der Vater dasselbe genehmigten,

indem die Volljährigkeitserklärung nur durch die Behörde ertheilt werden kann, Art. 66—68 der Vorm.-Ordn., und selbst eine Handlung oder Fabrik nur mit Genehmigung der Vormundschafts-Behörde fortgesetzt werden darf, Art. 37 eod., durch den bloßen Betrieb eines Handelsgewerbes ohne Genehmigung des Vaters oder der Vormünder und ohne Billigung der Behörde der Minderjährige also gesetzlich auch für dieses Gewerbe nicht als volljährig anzusehen ist,

da dem s. g. Gewohnheitsrechte, zufolge dessen dem Minderjährigen, welcher öffentlich gewerbsmäßig Handel betreibt, der Schutz zu verweigern ist, der sonst den Minderjährigen zukommt, keine andere Bedeutung beizumessen ist, als daß der Minderjährige, welchem ein solches Verfahren zur Last gebracht werden kann, in Rücksicht auf das in Rede stehende Geschäft als volljährig zu behandeln ist (malitia supplet aetatem), wie z. B. derjenige, der in einem offenen Laden verkauft, den geschlossenen Verkauf nicht auf Grund seiner Minderjährigkeit würde anfechten dürfen;

da aber ein solches Verhältniß hier offenbar nicht vorliegt, indem der Kläger nicht zu behaupten vermag, daß das beklagtische Accept mit Wissen und Willen des beklagtischen Sohnes geschrieben sei, indem ferner nicht behauptet ist, daß der Wechsel aus einem Geschäfte mit der Firma Russell & Wulffsohn herrühre, oder daß Kläger überall ein Geschäft mit solcher Firma gemacht habe, vielmehr aus dem eigenen klägerischen productum, Anl. 4, erhellt, daß Russell zur Tilgung einer Privatschuld die Firma gemißbraucht, deren Associé der beklagtische Sohn gewesen sein soll und von der nicht einmal behauptet worden ist, daß und wie dieselbe, sei es durch Circulaire, Börsenanschlag, öffentliche Blätter oder gerichtliche Declaration, publicirt worden;

da endlich die Behauptung einer Bereicherung, aus der der beklagtische Sohn auch ohne Vollbort seines Vaters verhaftet sein würde, nicht aufgestellt ist:

daß Kläger unter Verurtheilung desselben in die Kosten auf Grund der vorgeschützten Einrede mit seiner Klage abzuweisen.

No. 73.

Ferien-Kammer. Audienz vom 20. August 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Mutzenbecher und Abegg.

Dr. Banks m. n. J. G. Förster zu Grünberg in Schlesien gegen Peter Wolff Hartmann, früher in Firma Albert Wolff & Co. (Dr. D. Hertz).

Der Kläger verlangt die Bezahlung eines von H. Palzow an eigene Ordre auf den Beklagten gezogenen und von diesem acceptirten Wechsels von Pr.℔ 480. Auf der Rückseite des Wechsels befindet sich zunächst ein Indossament des Trassanten an den Kläger, auf welches mehrere durchstrichene Indossamente und schließlich ein ebenfalls durchstrichenes Blanco-Indossament des Trassanten folgen.

Beklagter wendet ein: Im März dieses Jahres habe Dr. Wer, legitimirt durch das auf dem Wechsel befindliche Blanco-Indossament des Palzow, den hier libellirten Wechsel gegen den Beklagten geltend gemacht. Es sei zu jener Zeit vom Beklagten durch die Vergleichung des Wechsels mit dem Proteste dargethan worden, daß Dr. Wer jenen Wechsel erst nach erhobenem Proteste Mangels Zahlung durch das Blanco-Indossament des Trassanten Palzow erworben habe und sich mithin die gegen diesen zu erhebenden Einreden gefallen lassen müsse. Gegen Palzow aber sei eine Einrede des dolus erhoben und begründet worden, indem Beklagter durch Briefe des Palzow dargethan habe, daß der vorliegende Wechsel ein Gefälligkeits-Accept für Palzow gewesen sei, dessen Einlösung bei Verfall dieser selbst zu beschaffen hatte. Auf Grund dieser Einrede sei denn Dr. Wer durch ein Erkenntniß des Handelsgerichts vom 15. März (Anlage A) mit der erhobenen Wechselklage abgewiesen worden. Aus dem erwähnten Verfahren gehe nun klar hervor, daß der Wechsel nach erhobenem Proteste Mangels Zahlung in die Hände des Beklagten zurückgekommen sei, indem dieser ihn eingelöst und nach der Einlösung durch das erwähnte Blanco-Indossament von Neuem begeben habe. Das auf dem Wechsel befindliche alte Indossament des Trassanten an den Kläger habe somit durch die geschehene Einlösung des Wechsels abseiten des Trassanten seine wechselrechtliche Wirkung verloren und sei — selbst wenn zur Zeit nicht durchstrichen — doch als nicht mehr vorhanden zu betrachten. Eventuell aber, falls jenes Indossament dennoch zur Legitimation des Klägers dienlich sein könne, liege es doch auf der Hand, daß Kläger, welcher den Wechsel — wenn auch durch ein früher auf demselben befindliches Indossament — erst nach erhobenem Proteste Mangels Zahlung von Neuem abseiten des Trassanten erworben habe, auch gegen sich die dem Trassanten zu opponirenden Einreden gelten lassen müsse. Somit ständen denn dem Kläger auf Grund des vorstehend erwähnten Prozesses gegen Dr. Wer, als Indossatar des Palzow, die Einrede der res judicata und eventuell die Einrede des dolus, gestützt auf die oben erörterten Verhältnisse, entgegen. Ganz eventuell werde auch dem Kläger aus eigener Person die Einrede des dolus opponirt, da Kläger durch eine widerrechtliche Manipulation das frühere verbrauchte und erloschene Indossament benutze, sei es, indem er das durchstrichen gewesene Indossament wiederhergestellt habe, sei es, daß er die zufällige Unterlassung der Durchstreichung mißbrauche.

Kläger entgegnet: Das factische Vorbringen des Beklagten sei ebenso illiquide als dem jetzigen Kläger gegenüber irrelevant. Er sei durch das Indossament des Beklagten vollkommen zu einer Klage aus dem Wechsel legitimirt und habe sich, da dieses Indossament lange vor Verfall des Wechsels vorgenommen, in keiner Weise die gegen Palzow zu erhebenden Einreden gefallen zu lassen. Das ihn legitimirende Indossament sei niemals

durchstrichen gewesen, wodurch sollte dasselbe seine volle wechselrechtliche Wirkung verloren haben? Daß Palzow später ohne Durchstreichung des den Kläger legitimirenden Indossaments den Wechsel von Neuem in blanco girirt habe, könne dem ersten Indossamente seinen Werth nicht nehmen, vielmehr sei der Blanco-Giratar, Dr. Wer, ohne Durchstreichung des alten Indossaments, aus dem Wechsel niemals legitimirt gewesen. — Obwohl es rechtlich darauf gar nicht ankomme, wolle er bemerken, daß der Wechsel vom Trassanten niemals eingelöst worden sei, vielmehr sei der Wechsel nach erhobenem Proteste Mangels Zahlung auf ihn, den Kläger, zurückgekommen. Da nun zu jener Zeit vom Trassanten, dessen Verhältnisse durchaus ungeordnet gewesen seien, ein Rembours nicht zu erlangen gewesen, so habe er demselben den Wechsel vorläufig zu treuen Händen übergeben, um den Versuch zu machen, die Zahlung vom Acceptanten beizutreiben. — Er habe also den Wechsel keineswegs nach geschehener Einlösung abseiten des Trassanten durch einen neuen Begebungsact erworben, sondern sei vielmehr in Folge des gegen ihn selbst erhobenen Regresses in den Besitz des Wechsels gelangt, welcher Besitz dem Palzow dann nur vorübergehend und zu treuen Händen zugestanden habe. Selbst aber wenn er den Wechsel nach geschehener Einlösung abseiten des Trassanten von Neuem durch das alte Indossament erworben haben sollte, so entscheide doch nicht der Moment des Erwerbs, sondern der Moment des Indossaments, da nach Art. 16 der Wechsel-Ordnung nicht der Erwerber des Wechsels nach Verfall, sondern nur der Indossatar nach Verfall, sich die gegen seinen Indossanten zu erhebenden Einreden gefallen lassen müsse. Sei doch jeder Indossant, der den Wechsel im Wege des Regresses einlöse, ein Erwerber des Wechsels nach Verfall, und habe sich ein solcher doch sichtlich die Einreden aus der Person seines Vormannes nicht gefallen zu lassen (cf. Martin im Neuen Archiv II. 411.) Da Kläger also durch eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten als legitimirter Wechselinhaber erscheine (Art. 36 der allg. deutsch. W.-O.); da ferner das ihn legitimirende Indossament vor Verfall auf den Wechsel gesetzt worden, so erscheinen die beklagtischen Einwendungen ihm gegenüber in jeder Beziehung hinfällig.

Beklagter acceptirt das klägerische Zugeständniß, daß der Wechsel nach erhobenem Proteste Mangels Zahlung in Palzow's Hände zurückgekommen und von diesem dem Kläger von Neuem zugestellt sei, wenn auch die klägerische Erzählung, nach welcher Palzow den Wechsel nur zu treuen Händen gehabt haben solle, ebenso unwahr sei als durchaus unwahrscheinlich klinge.

Erkannt:

da zwar ein Wechselindossant, welcher den Wechsel, nachdem zu Verfall gehörig protestirt worden, wieder einlöset, bei solchem Erwerbe im Wege des Regresses nicht der Beschränkung des Art. 16 sub 2 der A. D. W.-O. unterliegt, sondern ihm nur die Einreden in Gemäßheit des Art. 82 entgegenstehen, auch seine Legitimation nach Maßgabe der Art. 36 u. 55 zu prüfen ist,

da, wenn aber der Wechsel nach Verfall auf seinen Vormann zurückgegangen — wie solches in vorliegender Sache jedenfalls durch die vom transsantischen Indossaten nach Verfall, Herrn Dr. Wer, erhobene Klage gegen den Acceptanten liquide vorliegt — und nun nach erhobenem Proteste Mangels Zahlung dem früheren Indossanten wieder übergeben wird, — wobei ein neues Indossament nach Protest nicht erforderlich ward, weil das frühere nicht durchgestrichen worden, analog dem Falle, wenn der retournirte Wechsel mit einem nicht getilgten Blanco-indossamente von dem Trassanten nach Protest wieder weiter begeben wird — in diesem neuen Begebungsacte dasjenige Verhältniß gefunden werden muß, welches die al. 2 des Art. 16 der A. D. W.-O. berührt,

indem durch die Protesterhebung bei Verfall der Lauf des Wechsels abgeschlossen ist, namentlich aber wenn aus einem protestirten Wechsel gegen einen Wechselschuldner geklagt ist, die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten derjenigen, welche in das Wechselgeschäft eingetreten sind, dergestalt fixirt worden, daß der Inhaber durch Uebergabe des Wechsels nach rechtskräftig entschiedener Sache diesem Wechselschuldner gegenüber mehr Rechte nicht übertragen kann, als er selbst gegen ihn hat,

cfr. Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 5, Pag. 346 u. 347,

Hoffmann, Erläuterung, Pag. 263,

auch die versuchte Unterscheidung zwischen demjenigen, auf welchen der Wechsel nach Protest durch ein neues Indossament übertragen ist, und demjenigen, auf welchen solche Uebertragung ohne neues Indossament um deswillen möglich war, weil bei der Geltendmachung durch den Traſſanten die Nichtdurchstreichung der Indossamente unbeachtet blieb, für zutreffend nicht zu erachten ist nach dem Inhalte der Leipziger Conferenzprotokolle vom 28. October 1847 No. VII, wonach das Wesen des Art. 16 in die Unterscheidung zwischen der Uebertragung nach erhobenem Proteste Mangels Zahlung und der Uebertragung ohne daß ein Protest bei Verfall levirt war, gelegt ist:

daß m. u. Kläger, dessen Proceßlegitimation durch die beigebrachte beglaubigte Vollmacht d. d. Grünberg, 23. Juni 1862 für berichtigt zu erklären, auf Grund des rechtskräftigen Erkenntnisses in S. Dr. Wex gegen den Beklagten vom 15. März 1862 mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung desselben in die Kosten abzuweisen.

Druckfehler.

In No. 33 ist auf Pag. 259 Zeile 14 von unten zu lesen 10,000 fl. anstatt 1000 fl. und Zeile 18 von unten ein sechstes pCt. anstatt 1/6 pCt.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung. Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meissner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 35. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.
Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 30. August. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Reimers c. Israel. — Köster c. Darte. — Niedergericht: Dr. Beyer c. Polizeibehörde.

Handelsgericht.

No. 74.

Erste Kammer. Audienz vom 8. Mai 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

F. J. Reimers noie. Capt. Fr. With jr. vom Norweg. Schiffe „Brunette" (Dr. Noack) gegen J. Israel (Dr. Wex).

Der Kläger hatte ursprünglich zur Bezahlung von Bco℔ 1546. 11 ß Fracht und Ueberliegegeld citirt; die Fracht ist bezahlt worden und handelt es sich nunmehr nur noch um £ 9, welche der Kläger als Ueberliegegeld für drei Tage verlangt. Nach Bestimmung der Chartepartie hätten nämlich an jedem Werktage 1½ Keel von der Ladung gelöscht werden sollen, so daß, da im Ganzen nicht völlig 12 Keel abgeliefert seien, der Beklagte die ganze Ladung innerhalb acht Tagen hätte abnehmen müssen. Der Capitain habe sich am 4. Nov. v. J. gemeldet; die acht Liegetage seien also — da der 10. als Sonntag nicht mitzurechnen — am 13. abgelaufen gewesen. Da nun aber das Schiff erst am 16. leer geworden, so sei der Beklagte unzweifelhaft verpflichtet, dem Capitain die geforderte Summe zu vergüten.

Der Beklagte entgegnet: Die Stipulation, 1½ Keel per Tag zu löschen, sei dahin zu verstehen, daß dem Ablader soviel Liegetage zuständen, als erforderlich wären, wenn von der Ladung täglich 1½ Keel gelöscht würden. Der darauf zu gründenden Berechnung der Liegetage dürfe nun aber keineswegs, wie vom Kläger geschehen, das hier ausgelieferte Quantum zu Grunde gelegt werden; vielmehr sei die Berechnung nach dem am Abgangsorte eingenommenen Gewicht aufzumachen, da ja der Empfänger nur dies Letztere aus dem Connossemente kenne und unmöglich vermuthen könne, daß sich — wie im vorliegenden Falle geschehen — ein Untermaß von 1½ Keel herausstellen werde. Ausweise des Connossements habe nämlich das Schiff „Brunette" 284 Tons 11 Cwt. Kohlen eingenommen, was, 21⅕ Tons zu 1 Keel gerechnet, etwa 13½ Keel ausmache. Danach habe er also neun Tage Zeit zum Löschen gehabt, und sei das Schiff auch wirklich binnen dieser Zeit leer geworden; denn von den Tagen vom 5. bis zum 16. November falle der 10. als Sonntag und der 14. als Buß- und Bettag aus, und am 15. habe ein heftiger Sturm die Entlöschung unmöglich gemacht. Die Entlöschung sei somit am 16. als am neunten Tage rechtzeitig beendet

und ein Anspruch auf Ueberliegegeld nicht begründet. Eventuell werde behauptet, daß es unmöglich gewesen sei, das Schiff früher leer zu machen, da der Capitain nicht Leute genug an Bord gehabt habe. Auch sei der 5. November noch nicht als Löschtag zu rechnen, da das Schiff an diesem Tage noch zwischen anderen Schiffen gelegen habe und noch nicht abgebäumt gewesen sei, so daß nur ein ganz geringes Quantum habe gelöscht werden können.

Der Kläger replicirt: Daß die Löschtage nur nach dem ausgelieferten Gewichte zu berechnen seien, ergebe sich einerseits daraus, daß in der Chartepartie gar keine Rücksicht auf das eingenommene Gewicht genommen werde, anderntheils daraus, daß dasselbe nicht einmal aus dem Connossemente (Anl. 6) mit Sicherheit hervorgehe, da dieses vom Capitain mit der Bemerkung „Gewicht unbekannt“ gezeichnet sei. Demnach hätte die Löschung in acht Tagen beendet sein müssen und komme es auf den 14. und 15. gar nicht mehr an; jedenfalls würde der Gegner beweisen müssen, daß es am 15. unmöglich war, zu löschen. Er bestreite, daß das Schiff am 5. noch nicht zum Löschen bereit gewesen, sowie daß der Capitain nicht Mannschaft genug gehabt habe.

Erkannt:

Da Kläger erklärt, daß er für die von ihm eingeklagte Forderung bis auf die für Ueberliegegeld berechneten £ 9. befriedigt sei, und somit hier nur noch über diese £ 9. zu entscheiden ist;

da nun zwar die Bestimmung der Chartepartie: „one working day to be allowed the — affreighters — — — for discharging each keel and a half“ dahin aufzufassen ist, daß dem Beklagten so viel Tage zur Entlöschung des Schiffs eingeräumt werden sollen, als zu dieser Entlöschung erforderlich sind, wenn an jedem Arbeitstage 1½ Keel abgenommen werden;

da jedoch mit dieser Auffassung es sehr wohl vereinbar ist, daß die Zahl der Löschtage nach dem hierorts ausgelieferten Gewicht der Ladung berechnet werde, indem doch der Betrachtung, daß in diesem Falle der Empfänger die Zahl der Löschtage vor gänzlich beendeter Löschung nicht genau kenne, aus dem Grunde ein Gewicht nicht beigelegt werden kann, weil der Empfänger dadurch, daß er wirklich an jedem Tage 1½ Keel von Bord nimmt, vor der Gefahr, in Ueberliegetage zu gerathen, sich vollkommen sichern kann;

da dann aber auch der Berechnung nach dem im Abladeplatz eingenommenen Gewicht es entscheidend entgegensteht, daß dieses Gewicht dem Capitain gegenüber gar nicht constatirt worden ist, indem die von dem Ablader in das Connossement eingefügte Gewichtsangabe den Capitain, welcher dasselbe mit dem Vorbehalt „weight unknown“ unterzeichnet hat, gar nicht concernirt;

da nun die Parteien darüber einverstanden sind, daß das Schiff circa 12 Keel ausgeliefert habe, und somit dasselbe in acht Arbeitstagen zu entlöschen war;

da ferner auch darüber kein Streit unter den Parteien obwaltet, daß der Capitain sich am 4. November bei dem Beklagten gemeldet und daß das Schiff am 16. leer geworden sei;

da endlich auch der Umstand, daß — wie Beklagter behauptet — das Schiff am 5. noch nicht „abgebäumt“ gewesen sei, hier nicht in Betracht kommen kann, indem unter dem „Abbäumen“ nur die Vorkehrung verstanden werden kann, durch welche im hiesigen Hafen die an die Seite eines Schiffes sich legenden Schuten davor gesichert zu werden pflegen, daß nicht ein neben diesem Schiffe liegendes anderes Schiff sich allzusehr dem ersteren nähere, von der Herstellung dieser Vorkehrung aber um so weniger der Beginn der Löschzeit abhängig gemacht werden kann, als dieselbe wenigstens in der Regel sich ohne erheblichen Zeitverlust beschaffen läßt, wie denn auch Beklagter nichts vorgebracht hat, aus dem sich abnehmen ließe, daß im vorliegenden Fall das „Abbäumen“ eine längere Zeit in Anspruch genommen habe;

da hiernach dem Kläger darin beizustimmen ist, daß die Löschzeit mit dem 5. begonnen habe und — unter Abrechnung des dazwischen liegenden Sonntags — mit dem 13. abgelaufen gewesen sei, so daß Beklagter dem Kläger drei Ueberliegetage zu vergüten hat:

daß Beklagter schuldig sei, die noch in lite befindlichen £ 9. nebst den Zinsen vom Kla-

getage und den Proceßkosten dem Kläger innerhalb acht Tage sub poena executionis zu bezahlen.

No. 75.

Ferien-Kammer. Audienz vom 27. August 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann. Richter: die Herren Stahmer und Abegg.

J. H. Köster (Dr. Antoine-Feill) gegen J. Darte als Theilhaber der Firma E. Bunge & Co. in Buenos Ayres (Dr. Sieveking).

Der Kläger hat auf Grund einer Forderung von Bco℔ 10,877. 10 an die beklagtische Firma laut Conto-Courant (Anl. 1) und beklagtischer Schreiben (Anlagen 2—4) gegen den hier sich aufhaltenden Beklagten einen Personal-Arrest impetrirt, dessen Manutenirung er beantragt.

Beklagter wendet ein: Er sei in Paris domicilirt und habe als Socius der beklagtischen Firma die Geschäfte derselben in verschiedenen deutschen Hauptstädten, so wie auch in Hamburg wahrgenommen. Da nun die Verhältnisse seiner Firma augenblicklich der Art seien, daß dieselben einer gütlichen Abwickelung bedürften, obwohl eine Insolvenz der Firma keineswegs vorliege, so sei er zum Zwecke dieser Abwickelung hierher gekommen, als auf klägerischen Antrag seine Verhaftung vollzogen worden. Ohne für jetzt auf die Begründung der klägerischen Forderung selbst einzugehen, wolle er zunächst die Unstatthaftigkeit des gegen ihn impetrirten Personal-Arrestes darthun und die Aufhebung desselben beantragen. Die Praxis habe bisher stets einen Personal-Arrest nur aus dem Grunde, weil der Schuldner ein Ausländer sei, verworfen, sondern das fernere Requisit verlangt, daß der Schuldner auch der Flucht verdächtig sei. Im vorliegenden Falle aber stehe Beklagter in keiner Weise in einem solchen Verdachte, sei vielmehr freiwillig hierher gekommen, um mit den Creditoren seiner Firma sich zu verständigen. — Auch das gemeine Recht verlange als Voraussetzung eines Personal-Arrestes entweder den Verdacht der Flucht oder doch eine Verweigernng der Justiz im Domicile des Schuldners. Bayer, Summar. Proc. S. 24, Note 7, Baumeister, Blicke S. 255. — Abgesehen von allen diesem sei aber auch die klägerische Forderung keineswegs liquide, vielmehr liege nur eine Conto-Courant vor, welche aus überseeischen Geschäften mit der beklagtischen Firma herrühre, und über deren Anerkennung nichts vorliege. — Nun sei aber bereits mehrfach erkannt worden, daß selbst ein hier domicilirter Theilhaber einer überseeischen Firma erst nach vorgängiger vergeblicher Interpellation der letzteren hierselbst in Anspruch genommen werden könne, um so weniger sei unter den vorliegenden Umständen ein Personal-Arrest gegen den Beklagten zulässig.

Kläger entgegnet: Die Zahlungsunfähigkeit der beklagtischen Firma ergebe sich aus den Accordpropositionen derselben (Anlagen 7 und 8). Zur Begründung des Arrestes genüge der Umstand, daß Beklagter ein Ausländer sei, wie das in einem Erkenntnisse des Ober-Appellations-Gerichts Jacobi c. Warnecke ausgesprochen sei (Samml. Bd. II. S. 516). Außerdem aber werde durch das Statut Art. 1—5, Tit. 17, P. 1 bestimmt, daß von einem jeden Fremden hierselbst eine Cautio judicio sisti und judicatum solvi verlangt werden könne. Nach dem Art. 14 des Code sei auch in Frankreich ein Personal-Arrest gegen einen auswärtigen Schuldner ohne Weiteres zulässig und schon auf Grund dieser Bestimmung des französischen Rechts sei eine Retorsion gegen Franzosen hierselbst geboten. — Auch die Bestimmungen des gemeinen Rechtes sprechen gegen die beklagtischen Ausführungen, der vom Gegner citirte Bayer erkläre schon die Gefahr einer Erschwerung der Rechtsverfolgung für einen genügenden Arrestgrund. — Eine solche läge aber hier der Firma in Buenos Ayres gegenüber jedenfalls vor; eine Interpellation dieser Firma, wenn sie auch vor einer Klage gegen einen hiesigen Mitinhaber geboten erscheinen würde, sei doch zur Begründung des Arrestes gegen einen auswärtigen Socius keineswegs erforderlich.

Erkannt:

da der Personalarrest in Ermangelung hinreichender Objecte für einen Realarrest verhängt werden darf,

da auch zu einem Arrestgrunde nach topischem Rechte nicht erforderlich ist, daß der Schuldner der Flucht verdächtig sei, sein Vermögen ver-

schwende, oder daß gegen ihn im Auslande Justiz verweigert worden, vielmehr schon der Umstand für sich allein, daß der Impetrat Ausländer ist, einen hinreichenden Grund der Arrestanlage bildet, ohne daß es eines anderweitigen speciellen Grundes bedarf,

cf. O.=A.=G. Erkenntniß in S. J. B. Meyer c. von Dadelszen & Co. in London vom 28. November 1833,

namentlich aber der Personalarrest dann nicht unstatthaft erscheint, wenn der Impetrat für solvent nicht gehalten werden kann, und also diese Maßregel zur Sicherstellung des Impetraten nicht undienlich zu erachten,

da der Umstand, daß der Impetrat Associé der Firma E. Bunge & Co. in Buenos Ayres sei, unbestritten geblieben, und derselbe außerdem zur Genüge aus den Anlagen 2, 4, 7 und 8 erhellt, der Associé einer offenen Handelsgesellschaft aber für die ganze Schuld verhaftet ist,

da der Grundsatz, daß der hier domicilirte Associé eines auswärtigen Hauses wegen Ansprüche gegen seine Firma deren vorgängige Interpellation im Domicil des Etablissements erheischen kann, den Fremden gegen einen Sicherheitsarrest nicht schützen kann, wenn sonst derselbe begründet ist, weil jener Satz sich nur auf das einzuschlagende Verfahren vor abzugebender Entscheidung in der Hauptsache bezieht, nicht aber auf die Sicherstellung der Vollstreckung dessen, was in der Hauptsache zu erkennen sein wird, auch solche Aufforderung zur Berichtigung der Schuld cessiren muß, wenn sie, wie in vorliegender Sache, keinen Erfolg versprechen kann, nachdem ausweise der Anl. 7 und 8 zufolge Art. 1 der N. F. O. E. Bunge & Co. pro fallitis zu erachten, wobei freilich eine Frist zur etwaigen Instructionseinholung von drüben zur hauptsächlichen Handlung auch dem Impetraten nicht zu verweigern sein wird.

da es also nur auf die Liquidität der impetrantischen Forderung ankommt, und diese zur Summe von Bco.ℳ 10710 sammt ferneren Zinsen nach den Worten der Anl. 3 vom 26. Jan. 1862:

„Des ferneren haben wir Sie für Bco.ℳ 10710 als Gesammtbetrag der Tratten von G. L. Pott & Hinrichs, Albert Grimm und Gebr. Cosmann incl. Ihrer Commission creditirt, und werden dafür besorgt sein, Ihnen innerhalb 6 Monate nach Verfall Anschaffung dafür zu machen. Für die Zinsvergütung auf letztere Summe von 6 pCt. pr. Jahr sind wir einverstanden“

solche verglichen mit der Anl. 2, aus welcher das Datum der Verfallzeit des Wechsels und folglich der Deckung hervorgeht, in Verbindung mit den an den Impetranten adressirten Schreiben Anl. 7 und 8, insoweit sich ergiebt, als zur Anlage eines Befehls erforderlich ist, weil zum Arreste nach hiesigem Rechte überhaupt nur eine dem richterlichen Ermessen anheimgestellte Bescheinigung gehört,

cf. das angef. O.=A.=G. Erkenntniß,

daß der angelegte rechtzeitig prosequirte Befehl unter Verurtheilung des Impetraten in die Terminskosten vorgängig zu manuteniren und Impetrat in nächster Audienz nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses vollständig hauptsächlich s. p. contum. sich einzulassen schuldig.

Niedergericht.

No. 22.

Dr. Joh. Carl Gottfr. Beyer (Dr. Wer) gegen Hochlöbliche Polizeibehörde (Dres. Schröder und Cropp).

Dr. Beyer hat die folgende Klage angestellt: Wegen einer zu Leipzig gehaltenen Predigt habe er hier eine dreimonatliche Gefängnißstrafe erdulden müssen. Während er im Gefängniß gesessen, seien zwei Briefe an ihn angekommen und von der Beklagten in Empfang genommen worden. Nachdem er seine Haft abgebüßt, habe man ihm auf der Polizei diese Briefe zum Durchlesen gegeben, jedoch erklärt, daß man ihm dieselben nicht ausliefern wolle. Auf sein wiederholtes Gesuch um Herausgabe der Briefe sei als Antwort die Anl. 1 erfolgt. Dieselbe lautet:

Extractus Protocolli der Polizei-Behörde.

Hamburg den 29. Juni 1861.

In Untersuchungssachen wider den hiesigen Bürger Dr. Phil. Johann Carl Gottfried Beyer, wegen Verspottung der christlichen Glaubenssätze und Religion in einem am 13. September 1860 in der Peterskirche zu Leipzig gehaltenen öffentlichen Vortrage.

Herr Dr. Wex für Sr. Dr. Beyer wiederholt das Gesuch um Auslieferung der Briefe.

Erkannt:

Da die fraglichen beiden Briefe von Johannes Ronge und Genossen eine Privatangelegenheit des Dr. Beyer nicht betreffen und materiellen Werth für denselben nicht haben, vielmehr eine Demonstration zu Gunsten der von den Gerichten reprobirten Handlungsweise des Dr. Beyer, beziehungsweise eine Schmähung der hiesigen Behörden und Gerichte enthalten, die Behörde sich aber nicht dazu hergeben kann, die Ueberbringerin solcher Adressen an einen Strafgefangenen zu sein:

daß dem Gesuche nicht zu deferiren, vielmehr die fraglichen Briefe bei den Acten zu belassen.

gez. Carl Petersen Dr.

Juli 1.
Publicirt an Herrn Dr. Wex.

Die Anlage 1 sei nun nichts weiteres als eine Weigerung der Polizeibehörde, sein, des Klägers, Eigenthum herauszugeben, die man versucht habe, in die Form eines richterlichen Erkenntnisses zu kleiden, wodurch dieselbe aber zu einer richterlichen Verfügung nicht werden könne. Es liege vielmehr lediglich eine administrative und zwar die Privatrechte des Klägers verletzende Verfügung vor. Auch die für diese Verfügung in der Anl. 1 angeführten Gründe seien theils hinfällig unrichtig, theils unwahr. Er bitte demnach, die Beklagte zur Herausgabe der fraglichen beiden Briefe zu verurtheilen.

Die Beklagte entgegnet: Das provisorische Gesetz vom 11. August 1859 gestatte die civilrechtliche Belangung der Verwaltungsbehörden nur in dem Falle, wenn ein Anspruch auf Abhülfe oder Entschädigung wegen einer nicht richterlichen Verfügung vorliege, während wegen richterlicher Entscheidung der Verwaltungsbehörden eine Beschwerdeführung beim Obergericht einzutreten habe. Die vorliegende Verfügung der Polizeibehörde nun sei aber sowohl ihrer Form wie ihrem Inhalte nach eine richterliche. Es stehe die Behandlung eines Schriftstückes in Frage, welches der Polizeibehörde in einer pendenten Strafsache zugegangen sei und über welches ein Incidentverfahren habe eingeleitet werden müssen. Nach Anhörung der reclamirenden Partei nun habe der Polizeiherr ein motivirtes Erkenntniß dahin abgegeben, daß die fraglichen Briefe bei den Acten zu belassen, d. h. zu confisciren seien, dieses Erkenntniß auch dem klägerischen Anwalt, Herrn Dr. Wex, publicirt. Das sei offenbar keine Verwaltungsmaßregel, sondern ein Act richterlicher Gewalt. Es hätte demnach der Kläger, wenn er sich durch die fragliche Verfügung verletzt glaubte, den Weg der Beschwerde beim Obergericht betreten müsse. Die vorliegende Klage sei unzulässig, das Niedergericht incompetent, und lasse sie sich auf jene überall nicht ein.

Der Kläger replicirt: Er leugne, daß er die Publication des von der Polizeibehörde sog. Erkenntnisses für seinen Clienten entgegengenommen habe, vielmehr habe er dagegen sofort protestirt. Er habe sich s. Z. nicht zur Publication eines Straferkenntnisses auf die Polizei begeben, sei dazu auch weder formell noch materiell befugt gewesen, präsumirt aber könne eine solche Befugniß nicht werden. Die Anlage 1 sei aber auch gar keine richterliche Entscheidung. Es sei nicht wahr, daß die fraglichen Briefe der Polizeibehörde in einer pendenten Strafsache zugegangen, denn die Untersuchung war längst beendet, das Straferkenntniß gegen den Kläger längst rechtskräftig und nur noch ein Theil der Strafzeit abzusitzen. Es sei ferner nicht wahr, daß über jene Briefe ein Incidentverfahren habe eingeleitet werden müssen; es sei vielmehr gar kein Verfahren eingeleitet worden. Ebensowenig sei nach Anhörung der reclamirenden Partei „ein Erkenntniß" abgegeben worden. Die Sache liege nicht so, daß der Polizeiherr in Betreff der Briefe ein Verfahren eingeleitet und in Folge dessen die Partei vernommen habe. Vielmehr habe umgekehrt der Kläger lediglich sein Eigenthum gefordert

und der Polizeiherr dann mit der Anlage 1 geantwortet. Es sei aber auch gar nicht auf Confiscation erkannt worden, wie denn ein solches Erkenntniß auch nur nach voraufgegangener Untersuchung und Constatirung des criminellen Thatbestandes hätte abgegeben werden können. Auf die bloße Forderung eines Privatmannes, ihm sein Eigenthum auszuliefern, könne man nicht mit einer Confiscation dieses Eigenthums antworten. Der vorliegende Fall sei ganz derselbe, wie wenn ein Arrestat, dem man bei der Inhaftsetzung sein Geld und seine Briefe abgenommen, dieselben bei seiner Entlassung wiederfordere und der Polizeiherr nun einen in die Form eines Erkenntnisses gekleideten abschlägigen Bescheid gebe. Endlich sei auch der Polizeiherr gar nicht zur Abgabe eines Confiscations-Erkenntnisses competent gewesen, da, wenn die fraglichen Briefe wirklich als zu der gegen den Kläger anhängig gewesenen Strafsache gehörig zu betrachten waren, die Entscheidung darüber dem in dieser erkennenden Gerichte zustand.

Die Beklagte duplicirt: Es sei nicht wahr, daß der klägerische Anwalt gegen die Entgegennahme der Publication des polizeilichen Erkenntnisses protestirt habe. Uebrigens sei dieser Punkt für die vorliegende Frage irrelevant und würde, wenn die Publication nicht ordnungsmäßig erfolgt wäre, dies höchstens für die Frage der Rechtskraft von Relevanz sein und eine Nachholung der Publication zur Folge haben können. Es handele sich hier lediglich um die Frage, ob eine richterliche Entscheidung vorliege, bei deren Prüfung die Frage nach der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung gänzlich bei Seite zu legen sei. Ob also vor Abgabe eines Confiscations-Erkenntnisses eine gründlichere Untersuchung Zweckes Constatirung der Strafbarkeit oder Staatsgefährlichkeit der Briefe hätte eintreten müssen, ob ferner die ausreichenden Gründe einer Confiscation vorhanden waren, ob der Polizeiherr innerhalb seiner Competenz geblieben, alle diese Fragen seien nicht hier zu erörtern. Es handele sich nur darum, ob die Entscheidung des Polizeiherrn eine richterliche oder eine administrative gewesen. Nun könne aber von der Polizeibehörde als administrative Behörde höchstens eine Beschlagnahme, als Sicherheitsmaßregel, erfolgen, eine eigentliche Confiscation — die unter den Worten „bei den Acten zu belassen" zu verstehen sei — sei eine richterliche Maßregel. Die Confiscation sei in Hamburg als Strafübel durchaus anerkannt und üblich (z. B. bei Preßvergehen). Dieselbe setze auch nicht nothwendig ein Vergehen oder eine Bestrafung des durch sie Betroffenen voraus; sie sei alsdann nicht in personam, sondern in rem gerichtet, behalte aber nichts desto weniger ihren Character als Act der strafrichterlichen Gewalt.

Das Niedergericht erkannte am 20. December 1861:

da nach § 2 und § 4 des Provisorischen Gesetzes über das Verfahren in streitigen Verwaltungs- und Regierungssachen gegen die richterliche Entscheidung einer Verwaltungsbehörde eine Beschwerde nur in der Form einer Berufung an die höhere richterliche Instanz geltend gemacht werden kann, mit Ausschluß der, wegen Verletzung von Privat-Interessen durch nicht richterliche Verfügungen solcher Behörden, dem Verletzten ertheilten Befugniß zur sofortigen Anstellung einer Klage auf Abhülfe oder Entschädigung bei dem competenten Civil-Gerichte; wie solches noch neuerdings vom Obergerichte in Sachen Hamann wider die Polizeibehörde am 8. Juni 1860 ausgesprochen worden ist;

da nun das der Klage angelegte polizeiliche Erkenntniß vom 29. Juni 1861 sich, sowohl seiner Form als seinem Inhalte nach, als eine richterliche Entscheidung darstellt, indem es als „in Untersuchungssachen" wider den Kläger abgegeben rubricirt, das von dem letzteren gestellte Gesuch um Auslieferung der Briefe aus Entscheidungsgründen abschlägt, welche mit dem gegen den Kläger ursprünglich angestellten strafrechtlichen Verfahren zusammenhängen und jedenfalls der Art sind, daß sie die Annahme, es liege hier eine administrative Verfügung vor, aufs Unzweifelhafteste ausschließen; in Folge welcher Gründe dann im dispositiven Theile des Erkenntnisse eine Sequestration oder Confiscation der in Rede stehenden Briefe, durch die Verfügung, daß dieselben bei den Acten zu belassen, ausgesprochen wird;

da bei dieser Sachlage es für die jetzt allein in Frage stehende Competenz des Niedergerichts nicht darauf ankommen kann, ob jenes Erkenntniß des Polizeiherrn materiell richtig, so wie ob es in der gehörigen Form dem jetzigen Kläger er-

öffnet worden sei, indem der erstere Punkt lediglich bei einer Berufung an die vorgesetzte richterliche Behörde zweiter Instanz zu erörtern sein würde, der zweite nur etwa dahin führen könnte, die versäumte gehörige Publication oder Insinuation des Erkenntnisses an den Kläger nachzuholen und demgemäß die Frist für die ordnungsmäßige Beschwerde bei dem Obergericht zu prolongiren; wogegen weder durch die eine noch die andere dieser etwanigen Beschwerden die gesetzlich mangelnde Zuständigkeit des Niedergerichts begründet werden kann;

> daß die angestellte Klage, wegen Incompetenz des Niedergerichts, unter Verurtheilung des Klägers in sämmtliche Proceßkosten, abzuweisen sei.

Auf klägerische Appellation erkannte sodann das Obergericht am 25. April 1862:

Da zwar für die Beurtheilung der Kompetenz der Gerichte nichts darauf ankommt, ob die angefochtene Verfügung der Polizei-Behörde ihrem Inhalte nach gerechtfertigt sei, indem deren Zweckmäßigkeit nicht von den Gerichten zu prüfen ist, die Gesetzmäßigkeit aber erst dann in Frage kommt, wenn constirt, daß dieselbe in diesem Verfahren zu prüfen sei;

da auch die Rubricirung der ertheilten Ausfertigung und die Form der Publication oder Insinuation nur ein Indicium für die Ansicht des Verfassers von der Bedeutung seiner Verfügung, aber nicht hinsichtlich des Wesens derselben allein entscheidend sein kann;

da aber, wenn das Gesetz zwischen richterlichen und nicht richterlichen Verfügungen einer Verwaltungsbehörde unterscheidet und danach dem sich verletzt Erachtenden entweder ein Rechtsmittel oder eine gerichtliche Klage dawider einräumt, diese Unterscheidung dadurch nicht in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt wird, dergestalt, daß dieselbe mit Kraft und Wirkung Rechtens eine nicht richterliche Verfügung irrthümlich für eine richterliche zu erklären, oder umgekehrt eine in Wahrheit richterliche für eine administrative auszugeben vermögte, indem weder die Rechte der Parteien von solcher Verwechslung abhängig, noch die zu deren Schutz berufenen Gerichte in ihrer Entscheidung durch dieselbe gebunden sein können;

da hier nicht eine Correspondenz in Frage steht, deren Untersagung oder Beschränkung dem Untersuchungsrichter soweit obliegt, als durch deren Zulassung der Zweck der Untersuchung gefährdet werden könnte, auch über die fraglichen, erst während der Strafhaft des jetzigen Klägers für ihn eingetroffenen Briefe, durch die angefochtene Verfügung, dieselben „bei den Acten zu belassen," nicht etwa so, wie über einen integrirenden Theil der Untersuchungsacten vom Untersuchungsrichter eine Anordnung ergehen konnte, weil bei ihrer Ankunft das früher stattgehabte Untersuchungs-Verfahren durch das von der competenten Behörde abgegebene und bereits in Vollzug getretene Straferkenntniß seine definitive Erledigung gefunden hatte;

da die erhobene Klage die Befugniß des Herrn Chefs der Polizei im vorliegenden Verfahren nicht anfechten zu wollen erklärt, in seiner Eigenschaft als Mitglied der Gefängniß-Verwaltung die Abgabe der an einen Strafgefangenen adressirten Briefe nach Prüfung ihres Inhaltes bis auf Weiteres zu inhibiren;

da aber, wenn unstreitig einstweilige Zurückhaltung von Briefen durch die Gefängniß-Direction nach Maßgabe der für Strafanstalten bestehenden oder der allgemeinen polizeilichen Ordnung sich als administrative Maßregel darstellt, die nachherige Perpetuirung solcher Vorenthaltung nicht bloß dadurch, daß der Adressat inzwischen aufgehört hatte, Strafgefangener zu sein, den Charakter einer richterlichen Verfügung erlangen konnte;

da im Uebrigen mit dem Anwalte der beklagten Behörde von der Unterscheidung zwischen einer polizeilichen Beschlagnahme als provisorischer, in diesem Stadium durch gerichtliche Klage anfechtbarer Maßregel und einer als Strafübel auf sie folgenden definitiven Confiscation auszugehen ist, welche letztere auch dann, wenn sie nicht mit einer anderweitigen Bestrafung verbunden wird, als eine wesentlich strafrichterliche, nur dem

Rechtsmittel bei der höheren Gerichts-Instanz Raum lassende Verfügung aufgefaßt werden muß;

da aber die dem Sachführer des jetzigen Klägers gewordene Eröffnung, „daß dem Gesuche nicht zu deferiren, vielmehr die Briefe bei den Acten zu lassen,“ sich nur als Abweisung des wegen Aufhebung jener einstweiligen Beschlagnahme gestellten Ansuchens, und keineswegs als die Verwandlung in eine, unbeschadet eines Rechtsmittels endgültige Confiscation darstellt, womit auch völlig übereinstimmt:

a. die Anführung, daß die Briefe keine Privatangelegenheit des Adressaten beträfen und für ihn keinen materiellen Werth hätten, indem durch derartige Erwägung zwar das polizeiliche Ermessen influirt, aber kein Strafurtheil motivirt werden konnte,

b. die fernere Behauptung, daß die Behörde sich nicht dazu hergeben könne, die Ueberbringerin solcher Adressen an einen Strafgefangenen zu sein, indem die hierin abgelehnte Vermittlung zu den Functionen des Strafrichters nicht gehört,

c. der Umstand, daß der als „Erkenntniß“ bezeichneten Mittheilung an den Sachführer des Adressaten ein Verfahren gegen den wegen eines strafbaren Inhalts der Briefe allein verantwortlichen Absender oder Verfasser derselben nicht vorher gegangen und demselben zu rechtlichem Gehör keine Veranlassung geboten war, noch auch von diesem Ausspruch Kenntniß gegeben wurde, sonach die wesentlichen Merkmale jeder Verfügnng, die als richterliche zu bezeichnen wäre, dem fraglichen Erlasse abgehen;

da auch die von dem Anwalt der beklagten Behörde in dieser Instanz geltend gemachte Vergleichung mit § 32 des Preßgesetzes zu keiner andern Beurtheilung führt; theils deshalb, weil das Verfahren gegen eine Druckschrift zur Verhütung der ihrer Bestimmung gemäß unmittelbar bevorstehenden Verbreitung nicht ohne Weiteres die Ausdehnung auf versiegelte, an einen Privatmann gerichtete Briefe zuläßt, von deren Inhalt jeder Dritte nur durch vorherige Erbrechung Kunde erlangen konnte; sodann aber, weil, wenn dort der von dem Gerichtsvorstande vorläufig angeordneten Maßregel, ungeachtet ihrer nachherigen Bestätigung durch das Gericht, ein contradictorisches Verfahren vor dem Letzteren nothwendig folgen muß, um die, widrigenfalls als nicht erfolgt anzusehende Beschlagnahme durch ein Straferkenntniß in definitive Unterdrückung verwandelt zu sehen, hieraus um so deutlicher erhellt, daß es auch in analogen Fällen unstatthaft erscheinen mußte, die Unterscheidung der durch ihre innere Natur getrennten successiven amtlichen Thätigkeit zu verwischen;

da sonach die Frage, ob vorliegend die fortdauernde Vorenthaltung der fraglichen, für den Kläger hieselbst angelangten Briefe eine rechtswidrige Verletzung des Klägers enthalte, wie bereits in mehreren ähnlichen Fällen vom Obergericht anerkannt worden, durch gerichtliche Verhandlung und Entscheidung in Gemäßheit § 4 des Gesetzes über das Verfahren in streitigen Verwaltungs-Regierungs-Sachen festzustellen ist:

daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 20. December 1861 wieder aufzuheben, die vorgeschützte Einrede der Incompetenz zu verwerfen, und die beklagte Behörde unter Verurtheilung derselben in die Kosten des verzögerten Prozesses zur hauptsächlichen Einlassung auf die wider sie erhobene Klage in einem vom Niedergericht anzusetzenden Termine zu verpflichten sei.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 36. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 6. September.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Koops c. Jonassohn. — Schiff c. Pollack. — Oberappellationsgericht: Die Untersuchungssache gegen Stuhlmann.

Handelsgericht.

No. 76.

Erste Kammer. Audienz vom 2. September 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter; die Herren Stahmer und Schenck.

Julius Koops (Dr. Malm) gegen **Ed. Jonassohn** (Dr. Wer).

Der Kläger verlangt Bezahlung von Crt.₰ 61. 9., laut Rechnung Anl. 1, für eine im Auftrage des Beklagten beschaffte Taxation.

Der Beklagte entgegnet: Im August v. J. habe Frau M. v. Gericke sich insolvent erklärt und sei auf Antrag der Masse-Curatoren eine Untersuchung gegen die Fallitin und M. Fontheim eingeleitet worden. Im Verlaufe derselben habe das Obergericht angeordnet, daß ein Lagerbestand aufgenommen werden solle, um festzustellen, welche Gegenstände von den in der vorgefundenen Verkaufsacte aufgeführten noch vorhanden und welche schon veräußert seien; und habe dasselbe auch decretirt, daß, da die Feststellung dieser Punkte im Interesse der Untersuchung nothwendig sei, die Kosten dafür aus der Staatskasse vorzuschießen seien. Er sei nun für diese Arbeiten engagirt worden, und habe nach Beendigung derselben seine Rechnung, welche zugleich die jetzt eingeklagten Taxationskosten enthalten habe, dem Polizeiherrn eingereicht. Das Obergericht habe sodann decretirt, daß die Kosten, falls die Rechnung richtig, aus der Polizeicasse zu bezahlen seien; trotz dieser Anordnung aber und trotzdem, daß die erwähnte Untersuchung jetzt beendet, habe der Polizeiherr ihm die vollständige Bezahlung seiner Rechnung verweigert und nur Bezahlung der Hälfte offerirt. Um nun seinen Regreß gegen die Polizeibehörde zu wahren, habe er derselben den Streit verkündet. Die eingeklagte Rechnung könne er jedoch nicht als richtig anerkennen, da sie nicht nach der gesetzlichen Norm aufgemacht sei: der Kläger fordere 2 pCt. vom Taxationswerthe, während ihm nach der Maklerordnung höchstens 1½ pCt. zukämen. Eventuell verlange er Angabe des Schragens, nach welchem die Rechnung aufgemacht sei. Er sei bereit, dem Kläger die nach der Maklerordnung ihm zukommende Courtage zu bezahlen, verlange aber Abweisung desselben mit seiner Mehrforderung.

Der Kläger replicirt: Die Litisdenunciation lasse er dahin gestellt. Er habe bei dieser Taxation eine ganz außerordentliche Mühe gehabt, da das Lager der von Gericke aus den allerverschiedenartigsten Gegenständen bestanden habe. Es müsse daher hier ein

höherer Procentsatz als der gesetzliche zulässig sein. Ueberhaupt könne der Beklagte gegen die Rechnung jetzt nicht mehr moniren, da er dieselbe früher ohne Monitur entgegengenommen habe. Einen Schragen, nach welchem die Rechnung aufgemacht sei, könne er nicht produciren, da ein solcher nicht existire.

Der Beklagte bemerkt, daß in dem Behalten der zugesandten Rechnung eine stillschweigende Anerkennung nicht gefunden werden könne.

Erkannt:

Da der Beklagte nicht seine Verpflichtung an und für sich, sondern nur die Befugniß des Klägers bestreitet, für die vorgenommene Taxation 2 pCt. vom Taxationswerthe verlangen zu dürfen;

da dem Beklagten darin beizustimmen ist, weil der Kläger als beeidigter Makler der Maklerordnung unterworfen und, wie das in den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse in Sachen P. H. Franck und J. E. Weber c. Cur. bon. Heesche auseinandergesetzt, kein Grund vorhanden ist, bei Taxationen unbeschädigter Waaren dem Makler eine höhere Vergütung zuzusprechen, als ihm für die Taxirung und Attestirung beschädigter Waaren gesetzlich zugesichert ist;

da auch die Bestimmungen der Maklerordnung nicht deshalb als unanwendbar bezeichnet werden können, weil die von einem Makler in einem einzelnen Falle aufgewandte Mühe mit der gesetzmäßigen Vergütung nicht in richtigem Verhältnisse zu stehen scheint;

da somit dem Kläger für die vorgenommene Taxation nicht mehr als die Hälfte der Ankaufs-Courtage zugesprochen werden kann:

daß unter Feststellung dieses Grundsatzes Kläger schuldig sei, in nächster Audienz nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses sub poena contumaciae die Taxe selbst in Original oder in Abschrift und eine nach obigem Grundsatze aufgemachte Rechnung beizubringen.

No. 77.

Ferien-Kammer. Audienz vom 13. August 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann. Richter: die Herren Mutzenbecher und Abegg.

Siegfried Schiff gegen Wilhelm Pollack.

In der in No. 32 der Gerichtszeitung referirten Sache hat sich der Kläger in Gemäßheit des am 6. August abgegebenen Erkenntnisses zur Ableistung des ihm auferlegten Eides bereit erklärt.

Beklagter wendet ein: Er mache darauf aufmerksam, daß der vom Kläger offerirte Eid bei nunmehriger Lage der Sache ein unnützer sein werde, indem trotz etwaiger dem Kläger freilich freistehender Ableistung desselben, dennoch eine Abweisung der Klage erfolgen müsse, da der Kläger an dem im Laufe des Processes eingetretenen Erfüllungstage des fraglichen Geschäftes, dem 31. Juli, die Erfüllung des Geschäftes, die Lieferung der in Rede stehenden Loose, vom Beklagten nicht beansprucht habe. — Nun sei aber bei Lieferungsgeschäften in Staatspapieren nur derjenige Contrahent zu einem Anspruche aus dem Geschäfte berechtigt, der seinen Mitcontrahenten am festgesetzten Lieferungstage zur Erfüllung des Vertrages auffordere, wie dieser Grundsatz erst neuerdings vom Handelsgerichte und vom Obergerichte in Sachen Derenberg c. Arnthal & Co. übereinstimmend ausgesprochen worden (cf. No. 9 und 23 der Gerichtsztg. 1862).

Kläger entgegnet: Er sei jedenfalls zur Ableistung des Eides bereit, und werde Beklagter nach dieser Eidesleistung in Gemäßheit des Erkenntnisses vom 6. August nunmehr in die Bezahlung der in jenem Erkenntnisse fixirten Differenz zu verurtheilen sein. Einer Aufforderung des Beklagten zur Erfüllung des Contractes am Lieferungstage habe es nicht bedurft, da der Verkäufer, welcher an einem bestimmten Tage zur Lieferung verpflichtet sei, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch ohne besondere Interpellation des Käufers die Lieferung zu beschaffen habe (dies interpellat pro homine). Im vorliegenden Falle aber, in welchem der Beklagte erklärt habe, an den in Rede stehenden Contract gar nicht gebunden sein zu wollen, und deshalb gerade mit dem Kläger im Streite begriffen sei, habe es einer weiteren Versetzung des Beklagten in moram am Lieferungstage unter keinen Umständen bedürfen können.

Beklagter duplicirt: Der Umstand, daß Kläger vor dem festgesetzten Lieferungstage eine Erklärung über die Anerkennung des Vertrages vom Beklagten verlangt habe und daß über die Perfection des Vertrages selbst gestritten worden, könne den Kläger, wenn derselbe auf Erfüllung des Geschäftes bestehen wollte, in keiner Weise von einem Verlangen der Erfüllung am Lieferungstage befreien, indem bei derartigen Geschäften die Lieferung nur an dem festgesetzten Tage selbst mit Erfolg verlangt werden könne, eine frühere Interpellation aber gleich einer späteren wirkungslos erscheinen müsse. —

Nachdem Kläger den im Erkenntnisse vom 6. August normirten Eid abgeleistet, wurde erkannt:

Da, nachdem auf Anerkennung des Geschäfts geklagt war, auch der Beklagte die Anerkennung und damit die Lieferung im Protest und Proceß geweigert hat, eine weitere Versetzung des Beklagten in Verzug am Lieferungstage nicht mehr erforderlich war;

daß nach in Gemäßheit Erkenntnisses vom 6. d. M. erfolgter klägerischer Eidesleistung

nunmehr Beklagter nach Maaßgabe gedachter Entscheidung Bco.ℬ 7. 9 ß und Oesterr. Gulden 53½. zum kurzen Cours des heutigen Tages, sammt Zinsen von der letzteren Summe und den Kosten, mit Ausschluß derer des ersten Termins — welche vielmehr hiemit compensirt werden — innerhalb acht Tage sub poena executionis dem Kläger zu bezahlen schuldig.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 20.

Die Untersuchungssache gegen Stuhlmann.

A. D. F. Stuhlmann wurde am 28. Juni 1861, als des Ankaufs gestohlener Sachen verdächtig, verhaftet. Im Laufe der polizeilichen Untersuchung richtete er am 1. August 1861 durch seinen Mandatar Dr. Wer eine Supplik an das Obergericht, durch welche er auf Verweisung der Sache zum fiscalischen Proceß antrug, worauf dasselbe unterm 6. August decretirte, daß über den Antrag Verfügung erfolgen solle, sobald nach beendigter polizeilicher Untersuchung die betreffenden Acten an das Obergericht eingesandt worden. Ein besonderes Decret über den Verweisungs-Antrag erfolgte jedoch nicht, sondern es wurde über denselben erst in folgendem Endurtheile vom 30. Oct. 1861 erkannt:

— — — — — — — — — —

Da die Untersuchung ergeben hat, daß der Steuermann des Schiffers Lange, Georg Friedr. Peter Meincke, von einer ihm zum Transport nach Lüneburg im Mai d. J. anvertrauten Ladung Steinkohlen sich 5½ Tonnen widerrechtlich angeeignet und an den Angeschuldigten Stuhlmann für 4 ℛ 16 Sgr. verkaufte;

da dieser von dem Angeschuldigten zugestandene Ankauf unter so verdächtigen Umständen erfolgte, daß dadurch die Annahme, daß p. Meincke zu der Veräußerung befugt, ohne Weiteres ausgeschlossen wurde;

da auch der Angeschuldigte einräumt, daß er die Verdächtigkeit jener Umstände vollkommen eingesehen und namentlich der Behauptung des Verkäufers, die Kohlen gehörten ihm und seien ihm von dem Destinatair in Lüneburg geschenkt, keinen Glauben beigemessen habe;

da die Angabe des Angeschuldigten, wonach der bei dem Ankauf der Kohlen gegenwärtig gewesene, dem Angeschuldigten überdies zu jener Zeit unbekannte Schiffer Menck das Eigenthumsrecht des p. Meincke bestätigt haben soll, sich nicht nur der Sachlage nach, wie der Angeschuldigte selbst zugiebt, als unerheblich darstellt, sondern ohnehin nach der von dem Angeschuldigten nicht weiter bestrittenen Aussage des p. Meincke unwahr ist;

da hiernach nicht zu bezweifeln ist, vielmehr als erwiesen angenommen werden muß, daß der Angeschuldigte mit dem Bewußtsein der Widerrechtlichkeit die fraglichen Kohlen angekauft und dadurch das Vergehen des Verkäufers in strafbarer Weise begünstigt habe;

da übrigens die zu erkennende Strafe die für die polizeiliche Competenz gesteckte Grenze nicht überschreiten kann und dadurch der von dem An-

geschuldigten gestellte Antrag auf Einleitung des fiscalischen Processes seine Erledigung findet;

daß der Angeschuldigte wegen der durch den Ankauf der Steinkohlen verübten Begünstigung des von dem p. Meincke begangenen Veruntreuung, unter Berücksichtigung der bereits erlittenen Untersuchungshaft, in eine Gefängnißstrafe von vier Wochen, sowie in die Untersuchungskosten, und zwar bezüglich des dem p. Meincke zur Last fallenden Antheils solidarisch mit demselben zu verurtheilen.

Gegen dieses Erkenntniß interponirte der Inquisit beim Oberappellationsgericht zu Lübeck eine Nichtigkeits-Beschwerde. Das O. A. G. verwarf durch Erkenntniß vom 29. April 1861 diese Beschwerde, gestützt auf folgende

Entscheidungsgründe:

Der Querulant, welcher durch Obergerichtliches Erkenntniß vom 30. Octbr. 1861 wegen Begünstigung einer vom Schiffer Meinecke verübten Veruntreuung, unter Berücksichtigung der erlittenen Untersuchungshaft, in eine Gefängnißstrafe von vier Wochen verurtheilt worden ist, hat dieses Erkenntniß als nichtig aus vier Gründen angefochten.

I. Den ersten Nichtigkeitsgrund setzt er darin, daß es an einer zu bestrafenden Handlung gänzlich fehle. Denn

A. darin, daß Meinecke von einer ihm zum Transport nach Lüneburg anvertrauten Ladung Steinkohlen 5½ T. zurückbehalten, sei unter den obwaltenden Verhältnissen der Thatbestand eines Vergehens nicht zu finden, er (Querulant) könne sich also auch durch Ankauf der fraglichen Kohlen der Begünstigung eines solchen nicht schuldig gemacht haben. — Das O. A. G. hat indessen erst ganz vor Kurzem ausgesprochen, daß bei einer Nichtigkeitsbeschwerde auch die Frage: ob in der vom O. G. als strafbar bezeichneten Handlung der Thatbestand eines Criminalvergehens zu finden sei, nicht eingegangen werden könne, weil eine Verneinung derselben nur den Inhalt der obergerichtlichen Entscheidung als einen sachlich unrichtigen darstellen, nicht aber einen Mangel des Verfahrens involviren würde:

U. S. c. Klaws. Hambg. Dec. 23. 1861

und sei daher nur zum Ueberflusse darauf hingewiesen, daß die obergerichtliche Beurtheilung der Begangenschaft des Meinecke in dessen Geständnisse ihre vollkommene Rechtfertigung findet. — Wenn Querulant sodann

B. weiter vermeint, daß auch wenn eine strafbare Handlung des Meinecke angenommen werde, es doch jedenfalls an dem Beweise fehle, daß er, Querulant, im Bewußtsein einer solchen den fraglichen Ankauf vorgenommen habe, so folgt aus dem soeben unter A hervorgehobenen Principe von selbst, daß auch diese Deduction einer Nichtigkeit im Allgemeinen nicht Platz greift.

Der Querulant ist indessen bei Ausführung desselben Beschwerdegrundes auf einen Punkt gekommen, der noch einer näheren Prüfung bedarf. Es muß nämlich anerkannt werden, daß wenn das erkennende Gericht in den Acten liegende relevante Vertheidigungsmomente nicht etwa unrichtig beurtheilt, sondern ganz übersieht und nicht in Erwägung zieht, hierin ein wesentlicher Mangel des Verfahrens zu finden ist. — Querulant behauptet nun, dieser Fall liege vor.

1) Das Obergericht lege darauf Gewicht, daß seine (des Querulanten) Angabe: Menck habe das Eigenthum des Meincke an den Kohlen ausdrücklich bestätigt, von Menck (es ist ein offenbarer Schreibfehler, wenn die obergerichtlichen Entscheidungsgründe hier den „Meincke" nennen) in Abrede gestellt worden sei, übersehe aber, daß Menck seine (des Querulanten) Erzählung, daß Meincke sich in Menck's Gegenwart für den Eigenthümer erklärt und Menck hierzu geschwiegen, als richtig anerkannt habe und hierin das Zugeständniß einer stillschweigenden Bestätigung des Meincke'schen Eigenthums abseiten des Menck liege. Allein wenn man auch die Richtigkeit dieser Voraussetzung zugeben wollte, würde doch immer die daraus gezogene Folgerung nicht anzuerkennen sein. Nicht jedes Uebersehen eines actenmäßigen Momentes hat ohne Weiteres die Annahme einer Nichtigkeit zur Folge. Es muß vielmehr immer wenigstens die Möglichkeit vorliegen, daß bei Berücksichtigung desselben die Entscheidung anders als geschehen ausgefallen sein würde. Das Obergericht hat aber in seinen Entscheidungsgründen die Berufung des Querulanten auf die von Menck ausgegangene Bestätigung des Meincke'schen Eigenthums überhaupt für unerheblich erklärt und dem nur mit einem „ohnehin" beigefügt, daß derselbe sich auch als unwahr herausgestellt habe. Es ist also klar, daß auf diesen letzten Punkt gar kein entscheidendes Gewicht gelegt ist und auch bei entgegengesetzter Annahme das Resultat dasselbe geblieben sein würde.

2) Querulant hebt weiter hervor, das Obergericht habe das Zeugniß des Abeling, daß Meincke sich für den Eigenthümer der Steinkohlen erklärt, ganz unberücksichtigt gelassen. Aber Schweigen in den Entscheidungsgründen darf nicht ohne Weiteres als Uebersehen aufgefaßt werden. Das erkennende Gericht kann dadurch auch nur seine Ansicht von der gänzlichen Unerheblichkeit des be-

treffenden Punktes an den Tag gelegt haben, und dies trifft hier offenbar zu. Das Obergericht stellt sich von vornherein auf den Standpunkt, daß Meincke sich für den Eigenthümer der Kohlen ausgegeben, und deducirt von diesem Standpunkte aus, daß der Querulant gleichwohl das Bewußtsein des unrechtmäßigen Erwerbes gehabt haben müsse und gehabt habe. Es kam Ihm also darauf, ob Meincke wirklich jene Angabe gemacht, gar nicht an, und lag für Es kein Anlaß vor, die Momente, welche hierfür sprachen, noch besonders in Betracht zu ziehen.

II) Ein weiterer Nichtigkeitsgrund soll darin liegen, daß der Ueberführungsbeweis gegen den Querulanten auf Grund der Aussage nur Eines, zudem noch unzulässigen und unbeeidigten Zeugen (des Meincke) als erbracht angenommen worden sei. Allein das Obergericht hat die Erklärung des Meincke überall nicht als ein Zeugniß, sondern lediglich als die Geständnisse und Enthüllungen eines Mitschuldigen in Betracht gezogen und in ganz zulässiger Weise bei Ermittelung der Schuldfrage mit benutzt.

III) Den dritten Nichtigkeitsgrund setzt Querulant darin, daß das Obergericht über seinen Antrag auf Einleitung des fiscalischen Processes nicht abgesondert und vor Erlassung eines Urtheils in der Sache selbst erkannt habe. Hierdurch seien ihm

A) die Rechtsmittel und Competentien, die ihm gegen die Verwerfung jenes seines Antrages zugestanden haben würden, entzogen worden. Allein diese seine Rechtsmittel und Competentien haben dadurch, daß das Obergericht nicht vor, sondern in dem Erkenntnisse über die Sache selbst jenen Antrag verworfen hat, keine Aenderung und Beeinträchtigung erfahren. Querulant konnte resp. kann sich auch jetzt noch ihrer bedienen, und es ist weder ersichtlich noch auch irgend angedeutet, daß die Anfechtung jener Abschlagsverfügung, wenn diese vor dem Urtheile erfolgt wäre, in einem weiteren Umfange möglich gewesen wäre, als dermalen. Querulant macht aber

B) weiter geltend, er sei durch das Verfahren des Obergerichts auch um die ihm zustehende Vertheidigung in der Sache selbst gekommen, indem er in der nach Lage der Acten gerechtfertigten Erwartung, daß auf seinen Antrag wegen Verweisung zum fiscalischen Processe zunächst besondere Verfügung ergehen würde, es unterlassen habe, zur rechten Zeit um Gestattung einer der Urtheilserfüllung vorgängigen Defension zu bitten. Dieser Punkt ist in der That ein zweifelhafter. Läge

a) das Obergerichtliche Decret vom 6. August 1861 nicht in der Mitte, so würde man allerdings unbedenklich sagen müssen: der Querulant konnte auf ein abgesondertes und vorgängiges Erkenntniß über seinen Antrag wegen Einleitung des fiscalischen Processes, so angemessen dasselbe auch erscheinen mochte, doch in Ermangelung einer desfallsigen gesetzlichen Vorschrift in keiner Weise mit Bestimmtheit rechnen und wenn er gleichwohl in der Voraussetzung, er werde zunächst solche Verfügung erhalten, und dann noch Zeit haben das Weitere zu erwägen, ein Gesuch um Gestattung einer Defension in der Sache selbst einzureichen unterließ, so hat er den Verlust dieser Defension nur seiner eigenen Schuld zuzuschreiben.

b) Bedenklicher wird die Sache allerdings durch jenes O.-G. Decret.

Es ist ganz erklärlich und glaubhaft, daß Querulant — nachdem er den Bescheid erhalten, daß über den fraglichen Antrag Verfügung erfolgen solle, so bald nach beendeter polizeilicher Untersuchung die betreffenden Acten an das Obergericht eingesandt sein würden — der Meinung gewesen ist, es solle über seinen Antrag wegen Einleitung des fiscalischen Processes besonders und dann selbstverständlich vor dem Urtheile in der Sache selbst erkannt werden, und daß er nur in dieser Voraussetzung es unterlassen hat, rechtzeitig vor der Urtheilsfällung um Gestattung einer besonderen Vertheidigung in der Sache selbst zu bitten. Indessen eine positive Zusage des fraglichen Inhaltes war doch immer noch in jenem Decrete nicht enthalten. Querulant durfte sich die Möglichkeit nicht verhehlen, daß es von Seiten des Obergerichts anders gemeint sei und, falls der Antrag auf Einleitung des fiscalischen Processes unbegründet befunden werde, alsbald das Urtheil erfolgen solle. Erkannte er diese Möglichkeit nicht und unterließ er darauf hin einen besonderen Vertheidigungsantrag, so ist dies zwar sehr entschuldbar; er kann den Verlust einer dem Urtheile vorangegangenen Vertheidigung aber immer nicht als eine nothwendige Folge der Verfahrungsart des Obergerichts hinstellen.

IV) Der vierte und letzte Nichtigkeitsgrund wird darin gefunden, daß sowohl die Verhaftung des Querulanten, wie die gegen denselben eingeleitete Untersuchung von einer incompetenten Behörde verfügt und das Straferkenntniß selbst von einer incompetenten Behörde gefällt sei. Es muß indeß

A) die Verhaftung vorliegend ganz außer Frage bleiben. Ein Causalzusammenhang zwischen dieser und dem als nichtig angefochtenen Erkenntniß ist vom Querulanten überall nicht behauptet. Außerdem fällt die Competenz zur Verhaftung mit derjenigen zur Untersuchungsführung zusammen.

B) Die Frage, ob die Untersuchung von der competenten Behörde geführt sei, ist wiederum mit der: ob das Obergericht die zur Erlassung des vorliegenden Urtheils zuständige Behörde war, identisch. Denn in allen Straf-Untersuchungssachen, die nach §. 11 sub h des provisorischen Gesetzes vom

28. September 1860, betreffend die Veränderung in der Organisation der Justiz, zur Competenz des Obergerichts gehören, ist, nach §. 12 ibid., die städtische Polizei die zuständige Untersuchungsbehörde. Querulant scheint der Ansicht, daß für Verbrechen, die im Landgebiete resp. von im Landgebiete wohnenden Personen verübt sind, nach §. 31 ibid. die Untersuchung in allen Fällen vor den Landherrn gehöre. Jedoch mit Unrecht, der §. 31 normirt nur die Strafcompetenz der Patrone und Landherrn, und ändert Nichts an der Bestimmung des §. 12 cit.

C) Es hängt also Alles von der Beantwortung der Frage ab, ob im vorliegenden Falle das Obergericht die zuständige Strafbehörde war.

Die Ansicht des Querulanten ist, daß, nachdem von ihm der fiscalische Proceß ausdrücklich verlangt worden, das Ober-Gericht in keinem Falle selbst ein Strafurtheil habe erlassen dürfen. Entweder nämlich habe eine die polizeiliche Competenz übersteigende Strafsache vorgelegen, und dann habe, nach § 14 sub 2 des citirten provisorischen Gesetzes, die Verweisung zum fiscalischen Processe ausgesprochen werden müssen, oder die Sache sei keine die polizeiliche Competenz übersteigende und dann sei, nach Maaßgabe der §§ 11 sub h und 31 des citirten Gesetzes nicht das Ober-Gericht, sondern nur der Landherr zu deren Aburtheilung zuständig, an diesen also die Sache zu verweisen gewesen.

Es kann jedoch dem Querulanten

1) darin nicht beigestimmt werden, daß die der Polizeibehörde resp. den Patronen und Landherren in Beziehung auf kleinere Verbrechen eingeräumte Strafcompetenz, dem Ober-Gericht gegenüber, eine ausschliessliche sei. Was zunächst

a) das Verhältniß zwischen Ober-Gericht und Polizei-Behörde betrifft, so sind die einschlagenden frühern Gesetze

Verordn. vom 29. Dec. 1815, Art. 30, sub c.
" " 9. Juni 1826, sub 3.

allerdings einer mehrfachen Auslegung fähig. Es kann aber nicht bezweifelt werden, daß auf Grund derselben die Praxis bis zum Jahre 1860 sich dahin fixirt habe, daß, wenn die Polizeibehörde eine Strafsache, nach Maaßgabe der letztgedachten Verordnung sub 3 c. dem Senate als Ober-Ger. vorgelegt hatte, Dieser aber, bei näherer Prüfung, fand, dieselbe sei nur zu einer polizeilichen Strafe geeignet, Er darum nicht genöthigt war, eine Zurückverweisung an die Polizeibehörde auszusprechen, vielmehr — je nach Ermessen — auch selbst das Strafurtheil abgeben konnte. An diesem zur Zeit der Erlassung des provisorischen Gesetzes vom 28. Sept. 1860 bestehenden Rechte ist durch das letztere Gesetz Nichts geändert. Nach § 11 desselben „verbleibt“ dem Ober-Gericht: „soweit nicht die nachfolgenden §§ eine Aenderung enthalten, die Competenz des bisherigen Ob.-Ger.“ Eine Bestimmung, welche sich auf die Strafcompetenz der Strafbehörde bezöge, findet sich aber in den nachfolgenden §§ nicht. Man muß also annehmen, daß es, nach der Intention des Gesetzgebers, bei der concurrirenden Jurisdiction des Ober-Gerichts in dem bisherigen Maaße sein Bewenden haben soll, und kann, wenn sub h des § 11 cit. die Strafuntersuchungssachen, welche gesetzlich zur Competenz einer anderen Behörde gehören, als von der Zuständigkeit des Ober-Gerichts ausgenommen bezeichnet werden, dies nur auf diejenigen Behörden bezogen werden, deren Strafcompetenz schon eine ausschließliche gewesen ist.

b) Anbelangend das Verhältniß zwischen Ob.-Gericht resp. Senat und den Patronen resp. Landherren, so stand diesen Letzteren in älterer Zeit eine sehr weit gehende Strafcompetenz zu,

Samml. der Hamb. Gesetze und Verordnungen ꝛc. (Klefecker) Bd. II. S. 392,

und dabei ist es thatsächlich (indem eine vom Senate ihnen delegirte Jurisdiction unterstellt wurde) auch nach dem Organisationsgesetze vom 29. Dec. 1815 geblieben. Diese Jurisdiction war aber, wie schon der Begriff der Delegation mit sich bringt, und durch die ebengedachte Verordnung Art. 30 sub 3 bestätigt wird — ebensowenig wie die der Polizeibehörde — eine ausschließliche. Als Absicht des § 31 des provisorischen Gesetzes vom 28. Sept. 1860 kann es nur angesehen werden, die Strafcompetenz der Patrone und Landherren auf das polizeiliche Maaß herabzusetzen,

verb.: „Alle diese Competenz überschreitende Strafsachen gehen auf das Ober-Gericht über.“

An dem Charakter ihrer Jurisdiction ist Nichts geändert. War sie bis dahin eine mit der obergerichtlichen concurrirende, so ist sie dies — insoweit sie überhaupt noch fortbesteht — auch geblieben.

Ist aber solchergestalt in den durch die Verordnung vom 9. Juni 1826 bezeichneten geringeren Strafsachen die Competenz der Polizeibehörde, Patrone und Landherren keine ausschließliche, so kann auch nicht angenommen werden, daß, wenn in einer anhängigen Untersuchung der Angeschuldigte unter den in § 14 sub 2 des oft citirten provisorischen Gesetzes gedachten Voraussetzungen, den fiscalischen Proceß verlangt, dem Ober-Gericht nur die Wahl bleibe, entweder diesem Verlangen Folge zu geben oder die Sache an die Polizei-Behörde resp. den Patron oder Landherrn zur Aburtheilung zu verweisen. Dasselbe darf vielmehr auch in diesem Falle, sofern nur keine die polizeiliche Competenz übersteigende Strafsache vorliegt, selbst erkennen, während allerdings im entgegengesetzten Falle, nach der klaren Vorschrift des Gesetzes,

jenem Verlangen entsprochen werden muß und das Obergericht, wenn es — statt die Verweisung auszusprechen — selbst das Urtheil erließe, den Angeschuldigten in seiner Vertheidigung beschränken und ihm eine Instanz entziehen, also nichtig verfahren würde.

Es hängt hiernach

2) Alles davon ab, ob eine die polizeiliche Competenz überschreitende Strafsache im Sinne des § 14 cit. vorlag, und dies ist in der That ein sehr zweifelhafter Punkt.

a) Hätte man die vorliegende Untersuchungssache, ohne zwischen den beiden Mitangeschuldigten zu unterscheiden, als ein Ganzes in's Auge zu fassen, so würde jene Frage ohne ein Weiteres bejaht werden müssen. Das Obergericht erklärt in seinem Bericht: daß Meincke sein Urtheil nur vom Obergericht habe empfangen können, indem die verwirkte Criminalstrafe nur durch Anrechnung der Untersuchungshaft auf zwei Monate herabgesunken sei, und darin liegt die Anerkennung, daß die vorliegende Sache in ihrer Richtung gegen den Co-Inculpaten des Querulanten eine die polizeiliche Competenz übersteigende war. Es kann jedoch nicht als die Absicht des Gesetzes angesehen werden, daß bei der Frage: ob dem Antrage eines Inculpaten auf Verweisung der Sache zum fiscalischen Processe deferirt werden müsse, zugleich auf die Qualification, welche diese Sache für einen andern Angeschuldigten hat, der den fiscal. Proceß nicht verlangt, gesehen werden soll. Vielmehr kann es — wofür auch der Unterschied spricht, der zwischen hambgr. Bürgern und anderen Personen gemacht wird — nur darauf ankommen, ob die Sache für denjenigen, der jenen Antrag gestellt hat, einen polizeilichen oder einen schwereren Charakter hat.

b) Sehr zweifelhaft ist dagegen die Rechtsfrage: wonach sich der polizeiliche resp. schwerere Charakter der in der Verordnung vom 9. Juni 1826 bezeichneten kleineren Verbrechen bestimmt: ob nach der Strafe, welche im concreten Falle nach Maßgabe der erhobenen Beweise wirklich erkannt werden kann und muß, oder nach dem Umfange der Anschuldigung und dem Strafmaße, welches wenn dieses in vollkommene Gewißheit hätte gesetzt werden können, zu verhängen gewesen sein würde; während gerade von Beantwortung dieser Frage es abhängt, ob im vorliegenden Falle das Obergericht selbst erkennen durfte, oder dem Antrage auf Verweisung zum fiscalischen Proceß entsprechen mußte. Denn der Querulant war nicht allein wegen der durch Ankauf der fraglichen Steinkohlen begangenen Begünstigung der von Meincke begangenen Veruntreuung, sondern — auf Anschuldigung seines Knechts Abeling — zugleich wegen einer Reihe ähnlicher Vergehen in Untersuchung gezogen. Das Obergericht hat in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntniß ausgesprochen, daß die Untersuchung in Betreff der übrigen Anschuldigungsgründe zur Zeit auf sich beruhen müsse, dagegen den Querulanten wegen Begünstigung des von Meincke verübten Verbrechens mit Rücksicht auf die vom 27. Juni bis 27. Juli 1861 erlittene Untersuchungshaft in eine Gefängnißstrafe von vier Wochen verurtheilt. Die Dauer der wirklich erkannten Strafe erreicht hier noch das polizeiliche Strafmaximum nicht. Sie reicht aber — da die Untersuchungshaft einen Theil derselben bildet — nahe an dasselbe heran, und es läßt sich kaum bezweifeln, daß, wenn der Umfang der Anschuldigung und das dieser entsprechende Strafmaß für entscheidend zu erachten gewesen, die Sache auch vom Obergericht als eine die polizeiliche Competenz überschreitende angesehen worden sein würde. Was nun die Beantwortung der obigen Rechtsfrage anlangt, so sprechen allerdings erhebliche Gründe dafür, daß die Anschuldigung den Ausschlag geben müsse. Nach §. 14 des citirten Gesetzes ist das Obergericht verbunden die Verweisung zum fiscalischen Proceß auszusprechen: 1) wenn ihm eine härtere Strafe, als 5jähriges Zuchthaus indicirt ist und 2) wenn ein hamburgischer Bürger den fiscalischen Proceß ausdrücklich verlangt, es sei denn, daß keine die polizeiliche Competenz übertretende Strafsache vorläge. Die Verschiedenheit der unter 1 und 2 gebrauchten Ausdrücke scheint darauf hinzuweisen, daß es nur in dem ersten Falle auf die Größe der nach Lage der Sache wirklich zu erkennenden Strafe, im Falle sub 2) aber lediglich auf den Charakter und Umfang der Anschuldigung ankommen soll. Eine die polizeiliche Competenz übersteigende Staffache läge, dies vorausgesetzt, schon dann vor, wenn die Untersuchung ein oder mehrere Vergehen zum Gegenstande hatte, welche — den Beweis der Anschuldigung in ihrem ganzen Umfange vorausgesetzt — mit einer härteren Strafe als 2 Monat Gefängniß oder 20 Thaler an Geld zu belegen sein würde; und es könnte die Sache darum nicht aufhören, eine die polizeiliche Competenz übersteigende zu sein, weil es etwa an dem vollen Beweise einzelner Anschuldigungspunkte fehlte und demzufolge die wirklich zu verhängende Strafe unter das oben bezeichnete Maß herabsinken müßte. Für dieses Verständniß läßt sich auch ein innerer Grund anführen. Der Angeschuldigte hat nicht allein bei der Frage, ob und in welchem Maße er bestraft werden solle, sondern auch dabei ein wesentliches Interesse, daß er eine völlige Freisprechung von der gegen ihn erhobenen Anschuldigung erlange. Und wenn das Gesetz dem hamburgischen Bürger, der noch keine Zuchthausstrafe erlitten, es als eine Rechtswohlthat einräumt, daß er in allen die polizeiliche Competenz übersteigen-

den Strafsachen den fiscal. Proceß verlangen darf, so liegt die Annahme nahe, daß ihm dieses Vorrecht auch Behufs Geltendmachung des zuletzt gedachten Interesses verliehen sei, daß er also überall da, wo er unter der Anschuldigung eines mit härterer als polizeilicher Strafe bedrohten Verbrechens steht, den fiscalischen Proceß verlangen dürfe. So wenig indessen das Gewicht der hier angedeuteten Gründe verkannt werden kann, hat sich das Oberappellationsgericht doch gegen diese Interpretation des Gesetzes und vielmehr mit dem Obergericht dahin entscheiden müssen, daß es bei der Frage, ob hier eine die polizeiliche Competenz übersteigende Strafsache vorliege, lediglich auf diejenige Strafe ankam, welche nach Maßgabe der durch die Untersuchung erhobenen Beweise gegen den Angeschuldigten wirklich erkannt werden konnte.

a) Die Verordnung vom 9. Juni 1826 beschränkt: „in Straferkenntnissen über Polizei-Vergehen und kleinere Verbrechen, wohin namentlich kleine Diebstähle und Betrügereien ꝛc. gehören, da, wo Gesetze und Verordnungen kein Maximum der von der Polizei-Behörde zu dictirenden und zu exequirenden Strafe bestimmen sollten, dasselbe auf 15 ℛ︁ in Gold resp. 2 Monate Gefängnißstrafe und verpflichtet die Polizei-Behörde, alle Untersuchungsacten, in welchen nach der Natur des Verbrechens auch eine schärfere Strafe zu erkennen sein wird, im Senate zu produciren ꝛc.“

Hiernach scheint es, daß schon für die von der Polizei-Behörde vorzunehmende Erwägung, ob sie über ein kleineres Verbrechen der obgedachten Art selbst zu erkennen, oder aber die Untersuchungsacten dem Senate resp. dem Obergericht vorzulegen habe, nicht sowohl der Umfang der Anschuldigung und das dieser für entsprechend zu erachtende Strafmaaß, als vielmehr die Ergebnisse der Untersuchung und die Größe der Strafe, welche auf Grund der erhobenen Beweise zu erkennen sein wird, maßgebend sein soll. Jedenfalls aber muß es

b) als Absicht des Gesetzes vom 28. September 1860 angesehen werden, daß das Obergericht, wenn Es die Frage: ob eine von der Polizei-Behörde ihm vorgelegte Untersuchungssache auf Antrag eines Angeschuldigten, der Hamburger Bürger ist, zum fiscalischen Proceß zu verweisen sei, in Erwägung zieht, dabei die Anschuldigung, nicht wie sie ursprünglich erhoben worden, sondern nur wie sie, Seinem Ermessen zufolge, jetzt nach vollendeter polizeilicher Untersuchung noch aufrecht erhalten werden kann, zu berücksichtigen hat. Denn demselben liegt nicht allein im Allgemeinen der Ausspruch ob, daß die Sache zum fiscalischen Processe zu verweisen sei, sondern Es soll auch — nach aliena 5 des cit. § 14 — die Vornahme des articulirten Verhörs anordnen und hiernächst die Acten, behufs Beauftragung des Fiscals mit der peinlichen Klage, dem Senate zustellen. Es muß sich also vor dem Verweisungs-Ausspruche auch darüber schlüssig machen, wegen welcher Anschuldigungspunkte der fiscalische Proceß eintreten soll. Man kann aber nicht wohl unterstellen, daß das Gericht gehalten sein solle, auch solche Punkte zur peinlichen Klage verstellen zu lassen, rücksichtlich deren Es selbst durch Prüfung der Acten die Ansicht gewonnen hat, daß dieselbe nicht durchzuführen sei. Das Obergericht handelt also mit der Intention des Gesetzgebers, wenn es, nachdem von einem Hamburger Bürger der fiscalische Proceß verlangt worden, zunächst selbst die vorliegenden Beweise in Erwägung zieht und die Frage, ob eine die polizeiliche Competenz übersteigende Strafsache vorliege, nur nach Maßgabe derjenigen Anschuldigungspunkte beurtheilt, wegen deren Seiner Ansicht nach eine Ueberführung des Inculpaten möglich ist und eine Bestrafung überhaupt eintreten kann.

Dies vorausgeschickt hat das Obergericht den Antrag auf den fiscalischen Proceß mit Recht zurückgewiesen, nachdem es zu der Ansicht gelangt war, daß die übrigen Anschuldigungspunkte, mit Ausnahme des Ankaufs der von Meincke unterschlagenen Steinkohlen, wegen zu großer Allgemeinheit der Anschuldigung resp. mangelnden Beweises des objectiven Thatbestandes eines Hauptvergehens nicht weiter zu verfolgen seien und die wegen jenes übrig bleibenden Punktes zu erkennende Strafe das polizeiliche Strafmaß nicht übersteigen kann.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war demnach in allen ihren Richtungen als unbegründet zurückzuweisen und Querulant in die Kosten derselben zu verurtheilen.

Gegen dieses Erkenntniß endlich hat Querulant an den Directorial-Senat des O. A. G. eine Nullitäts-Querel gerichtet, über deren Erfolg wir seiner Zeit berichten werden.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 37. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 13. September. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Banks c. Engel. — Dr. Zumbach c. Woesthoff. — Dr. Banks c. Hartmann. — Dr. Heinsen c. Isenthal. — Dr. Brandis c. Weinberg. — Obergericht: Ullmann c. Kern & Co. — Niedergericht: Boye & Krogmann c. Pirsekorn.

Handelsgericht.

No. 78.

Erste Kammer. Audienz vom 8. September 1862.
Präses: Herr Dr. Albrecht. Richter: die Herren Schuldt und Durrieu.

Dr. Banks mand. nom. Advocat Lindner zu Nürnberg, als Curator bonorum der dortigen Fallitmasse von Schorn & Bannog, gegen Nic. Engel (Dr. D. Hertz).

Der Beklagte hat dem klägerischen Mandanten im Laufe eines unter den Parteien anhängigen Processes einen Eid zugeschoben und ist deßhalb von dem Kläger nunmehr zur Ableistung eines Calumnien-Eides citirt worden. Er bezeichnet das Verfahren des Klägers als ein unzulässiges, da noch nicht auf Ableistung des geforderten Calumnien-Eides erkannt worden; dennoch wolle er sich freiwillig sistiren und den Calumnien-Eid leisten.

Der Kläger entgegnet: Er acceptire das Anerbieten des Beklagten. Uebrigens sei das von ihm eingeschlagene Verfahren durchaus gerechtfertigt, denn der Deferent eines Eides sei ohne weiteres verpflichtet, auf Anhalten des Delaten einen Calumnien-Eid zu leisten, ohne daß Letzterer vorher sich über den ihm zugeschobenen Eid zu erklären brauche; dies folge auch aus l. 34 §. 4 und l. 27 D. de jurejando.

Der Beklagte erwidert: Er habe die heutige Citation des Klägers so aufgefaßt, als ob der klägerische Mandant den ihm deferirten Eid acceptire, und nur unter dieser Voraussetzung habe er sich zur Ableistung des Calumnien-Eides erboten. Da nun aber der Kläger diese Ableistung verlange, ohne sich vorher über die Annahme des ihm deferirten Eides erklären zu wollen, so nehme er jenes Anerbieten wieder zurück. Hierzu müsse er völlig berechtigt sein, da keineswegs der Delat, wie jenseits behauptet worden, vor seinerseits erfolgter Erklärung über den Eid vom Deferenten die Ableistung eines Calumnien-Eides fordern dürfe, es vielmehr stets auf die vorgängige Erklärung des Delaten ankomme.

Der Kläger bemerkt: Der Beklagte habe ohne Vorbehalt freiwillig sich zur Ableistung des Calumnien-Eides erboten, und dies Anerbieten sei von ihm acceptirt worden; der Beklagte werde daher mit seinem erst später gemachten Vorbehalt jetzt nicht mehr gehört werden können.

Erkannt:

da Art. 5, Tit. 34, Part. I. Statut in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Doctrin

vgl. Savigny System Bd. 7, Seite 74, Note M., Bayer's Vorträge, 8. Auflage, S. 904,

dem Delaten nur im Fall der Annahme des demselben zugeschobenen Eides das Recht einräumt, die Ableistung des Calumnien-Eides von dem Deferenten zu verlangen und demzufolge der Antrag des m. n. Klägers, in welchem derselbe die Ableistung eines Calumnien-Eides als ein seiner Partei gesetzlich zustehendes Recht in Anspruch nimmt, den Beklagten sehr leicht zu der Annahme verleiten konnte, daß der klägerische Mandant zur Ableistung des demselben zugeschobenen Eides sich bereit erklären wolle;

da Beklagter in dieser Annahme noch dadurch bestärkt werden konnte, daß häufig in Folge der angeführten gesetzlichen Bestimmungen der Calumnien-Eid verlangt und dieser Bestimmung gemäß darauf gerichtet wird, daß der Deferent den Eid, also die Ableistung des zugeschobenen Eides, nicht in gefährlicher Absicht dem Delaten zumuthe, während der jetzige Antrag des m. n. Klägers, wenn bei demselben nicht subintelligirt werden soll, daß Kläger den zugeschobenen Eid zu leisten bereit sei, zu einem mindestens außergewöhnlichen Calumnien-Eid führen müßte, nämlich zu dem Eid, daß der Deferent die Erklärung über den zugeschobenen Eid nicht in gefährlicher Absicht dem Kläger zumuthe,

da bei dieser Sachlage es nicht unbeachtet bleiben kann, daß der Beklagte, nachdem derselbe anfänglich sich ohne allen Vorbehalt zur Ableistung des klägerischerseits beantragten Calumnien-Eides bereit erklärt hatte, diese Erklärung auf Grund der weiteren Auslassungen des m. n. Klägers, sofort dahin modificirt, daß er nur unter der Voraussetzung, daß der zugeschobene Eid von dem Kläger acceptirt werde, zur Ableistung des Calumnien-Eides bereit sei,

da hiernach ein Einverständniß der Parteien darüber, daß Beklagter einen Calumnien-Eid sofort leiste, nicht als vorhanden angesehen werden kann und somit — ganz abgesehen von der Frage, ob ein solches Einverständniß der Parteien als maßgebend für das Gericht zu betrachten sein würde — der angeführten gesetzlichen Vorschrift gemäß dem Kläger das Recht abzusprechen ist, vor Abgabe seiner Erklärung über den ihm zugeschobenen Eid die Ableistung eines Calumnien-Eides zu verlangen:

daß auf diesen Antrag des m. n. Klägers zur Zeit nicht einzugehen.

No. 79.

Zweite Kammer. Audienz vom 10. Sept. 1862.
Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Blume und Stahmer.

Dr. Zumbach gegen J. J. H. Woesthoff (Dr. Schindeler.)

Der Kläger verlangt vom Beklagten die Bezahlung von Crt.℔ 150. als Restbetrag eines an die Ordre von C. F. E. Greve am 26. April 1862 drei Monate nach dato ausgestellten, mit drei Kreuzen unterzeichneten eigenen Wechsels, groß Crt.℔ 180., welcher in blanco von Greve und sodann gleichfalls in blanco von J. Nebel indossirt ist (Anl. 1). — Gleichzeitig producirt Kläger eine am 1. Septbr. 1862 auf Requisition des Klägers aufgenommene notarielle Beglaubigungsacte (Anl. 2), ausweise welcher der Beklagte an jenem Tage bei Vorzeigung und Vorlesung des libellirten Wechsels erklärt hat: „Er habe auf Ersuchen des Herrn Nebel und da er bei Auszahlung des Geldes abseiten desselben an den Herrn Greve gegenwärtig gewesen sei, als Zeuge die Kreuzzeichen unter dem Wechsel gemacht."

Beklagter wendet ein: Die Kreuze auf dem vorliegenden Wechsel seien auf folgende Weise entstanden: Beklagter, ein des Schreibens und Lesens unkundiger Mann, habe sich zufällig bei dem ersten Indossanten des Wechsels, Greve, befunden, als diesem von dem zweiten Indossanten, J. Nebel, eine Summe Geldes ausbezahlt worden, und habe man ihn ersucht, einen angeblich über diese Auszahlung ausgestellten Schein als Zeuge mittelst dreier Kreuze zu unterschreiben, ohne ihm das betreffende Document vorzulesen oder ihm überall mitzutheilen, daß dasselbe ein Wechsel sei. — Es stehe nun der hier angestellten Wechselklage zu-

nächst die Einrede der wechselrechtlichen Ungültigkeit des eingeklagten Documents entgegen, da die in den Kreuzen angeblich enthaltene wechselmäßige Unterschrift den Vorschriften des Art. 94 der Allgem. deutschen Wechsel-Ordnung nicht entspreche.*) Dieser Artikel mache die Wechselkraft solcher wechselrechtlicher Erklärungen, welche mit Kreuzen vollzogen worden, von einer gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung dieser Zeichen abhängig. — Der Kläger habe nun freilich durch Production der Anl. 2 den Versuch gemacht, eine solche Beglaubigung beizubringen, diesem Documente aber gingen die Erfordernisse des Art. 94 durchaus ab, indem derselbe eine Beglaubigung auf dem Wechsel selbst verlange, wie das von allen schriftstellerischen Autoritäten anerkannt worden. (Hoffmann Erläuterung p. 639. Kuntze Wechselrecht p. 119.) Es liege auch in der Natur der Sache, daß die zur formellen Gültigkeit eines Wechsels nothwendige Requisite auf dem Wechsel selbst enthalten sein müssen und daß wie das Accept selbst so auch die qualificirte Form eines mit Kreuzen gezeichneten Accepts nur auf dem Wechsel selbst von Bedeutung sein können. Außerdem aber fehle es der Anlage 2 an dem zu einer Beglaubigung nothwendigen Inhalte, da Beklagter sich keineswegs zu den Kreuzen als Accept bekannt habe, sondern vielmehr erklärt habe, dieselben nur als Zeuge gezogen zu haben, diese Erklärung aber nicht getheilt werden könne. Auch stehe endlich der Verwendung der Anlage 2 im Sinne des Art. 94 entgegen, daß jene notarielle Befragung erst nach Verfall des Wechsels vorgenommen sei, nun aber doch ein Wechsel unmöglich erst wochenlang nach seinem Verfalle zur Entstehung gelangen könne. Eventuell, falls selbst die Anlage 2 als den Erfordernissen des Art. 94 entsprechend zu erachten wäre, so würde doch jedenfalls die Unterkreuzung des Wechsels bis zur Entstehung der Anlage 2 werthlos gewesen sein und würde die bis dahin keinenfalls als gültiger Wechsel zu behandelnde Anlage 1 zu einer wechselrechtlichen Uebertragung mittelst Indossaments untauglich gewesen sein. Es würde sich also der Kläger, welcher ausweise der notariellen auf seine Requisition aufgenommenen Beglaubigungsacte den Wechsel vor Entstehung jener Acte durch Indossament des Nebel erworben habe, sich jedenfalls — wenn er durch dieses Indossament überall legitimirt werden könne — die gegen Nebel zu opponirenden Einreden gefallen lassen müssen, indem dieses Indossament höchstens als gewöhnliche Cession erscheinen könnte. In diesem Sinne werde dem Kläger eventuell aus der Person des Nebel die Einrede des dolus opponirt, gestützt auf die oben erwähnten Umstände, unter welchen Nebel den Beklagten doloser Weise zur Unterkreuzung der Anlage 1 inducirt habe. — In omnem eventum könnten den Beklagten die Kosten der ohne seinen Auftrag aufgenommenen notariellen Acte in keinem Falle treffen.

*) Art. 94 bestimmt:
„Wechselerklärungen, welche statt des Namens mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogen sind, haben nur dann, wenn diese Zeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt worden, Wechselkraft."

Kläger entgegnet: Das factische Vorbringen des Beklagten über die Entstehung der Kreuze sei ebenso unwahr als dasselbe unwahrscheinlich klinge, im Wechselverfahren seien jedenfalls diese durchaus illiquiden Behauptungen nicht zu attendiren. — In der That habe Beklagter von Nebel die volle Valuta für den Wechsel empfangen und sei ihm derselbe vor der Unterkreuzung vorgelesen worden. — Beklagter erkenne die Kreuze als seine Unterschrift an und sei somit auf Grund des Wechselrechtes hier zu verurtheilen und mit seinem illiquiden Vorbringen ad separatum zu verweisen. Die Anlage 2 entspreche durchaus den Erfordernissen des Art. 94, es sei jedenfalls gleichgültig ob die Beglaubigung auf dem Wechsel selbst oder in einem besonderen Documente vorliege, auf dem Wechsel selbst sei im vorliegenden Falle gar kein Platz für eine Beglaubigung mehr gewesen.

Erkannt:

Da, wenn auch der Art. 94 der Allg. deutschen Wechsel-Ordnung gestattet, daß die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung von Kreuzen auf dem Wechsel in einer äußerlich abgesonderten, durch Paraphirung des Wechsels mit demselben verbundenen Urkunde stattfinde, doch jedenfalls die Anl. 2 das nothwendige Requisit einer Beglaubigung entbehrt, nämlich, daß der mangel-

hafte Unterzeichner zuvor seine Kenntniß des Inhalts der Urkunde und sein Einverständniß mit derselben den Notarien oder dem Gerichte erklärt hat,

cf. Nov. 44 praef.

Notariats-Ordnung von 1815 § 4, 1,

l. 22 § 2 C. de jure deliberandi 6. 30,

eine solche Erklärung in der unbestrittenen Echtheit der Kreuze aber noch keineswegs gefunden werden kann:

daß Kläger unter Verurtheilung desselben in die Kosten mit der erhobenen Klage abzuweisen.

No. 80.

Erste Kammer. Audienz vom 8. Septbr. 1862. Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Durrieu.

Dr. Banks m. n. J. G. Förster zu Grünberg gegen Peter Wolff Hartmann, jetzt in Firma Albert Wolff u. Co. (Dr. D. Herz.)

Der Kläger verlangt die Bezahlung eines von H. Palzow an eigene Ordre auf den Beklagten gezogenen und von diesem acceptirten Wechsels von ℞ 521. 21 Sgr. Die factische Sachlage dieses Rechtsstreites stimmt genau mit dem in No. 34 der „Gerichtszeitung," Handelsgericht Nr. 73 referirten Falle unter gleichem Rubrum überein, mit alleiniger Ausnahme des Umstandes, daß der jetzt vorliegende Wechsel ausweise einer auf demselben befindlichen Quittung und ausweise des Protestes für Rechnung und zu Ehren des Trassanten Palzow von Neuhoff in Berlin intervenirt und bezahlt worden ist.

Da auch das Vorbringen der Parteien von demjenigen in dem früher referirten Falle nicht wesentlich abweicht, so bedarf es mit Verweisung auf jenes Referat hier nur eines Abdruckes des Erkenntnisses:

da die der eingeklagten Ricambio-Rechnung zu Grunde liegende Angabe, daß der Wechsel, aus dessen Accept der Bekl. hier belangt wird, auf den kläger. Mandaten im Wege des Regresses zurückgekommen sei, mit dem eigenen kläger. productis in Widerspruch steht, indem sich aus der Quittung auf der Vorderseite des Wechsels und dem Proteste ergiebt, daß der Wechsel bei Verfall von dem Domiciliaten und zwar für Rechnung des Trassanten eingelöst sei;

da aus demselben Grunde es keinen Glauben verdient, wenn m. n. Kläger behauptet, daß der Wechsel nach erhobenem Protest von dem kläger. Mandanten dem Trassanten anvertraut sei, damit dieser es versuche, Zahlung von dem Acceptanten zu erlangen, und daß hieraus es sich erkläre, daß dieser Wechsel früher von Herrn Dr. Wer auf Grund eines von dem Trassanten auf den Wechsel gesetzten Blanco-Indossements gegen den Beklagten eingeklagt worden sei;

da vielmehr aus der auf dem Wechsel befindlichen Quittung und dem Inhalte des Protestes ohne Weiteres — und ganz abgesehen davon, daß der Wechsel früher von Herrn Dr. Wer in der angegebenen Weise geltend gemacht worden — sich ergiebt, daß der kläger. Mandant nach Erhebung des Protestes in den Besitz des Wechsels nur in Folge eines neuen Rechtsgeschäftes zwischen ihm einerseits und dem Trassanten oder auch dem Intervenienten andrerseits gelangt sein kann;

da nun freilich, so lange das Indossament, durch welches der Wechsel ursprünglich auf den kläger. Mandanten übertragen wurde, sich unversehrt auf dem Wechsel befand, es eines neuen Indossaments nicht bedurfte, um den kläger. Mandanten zu legitimiren, auf Grund des neuen Rechtsgeschäfts den Wechsel gegen den Beklagten geltend zu machen, da jedoch das Indossament immer nur als zu dieser Legitimation ausreichend betrachtet und somit auch demselben eine weitere Bedeutung nicht beigelegt werden kann, als wenn dasselbe erst nach Erhebung des Protestes auf den Wechsel gesetzt wäre;

da auch dieser Auffassung gegenüber es nicht

geltend gemacht werden kann, daß der Inhaber eines ordnungsgemäß an ihn indossirten Wechsels darüber, wie und wann er in den Besitz des Wechsels gelangt sei, sich nicht auszuweisen braucht, indem dieser Rechtssatz im vorliegenden Falle deßhalb nicht zur Anwendung kommen kann, weil schon aus dem Wechsel und Protest sich ein Act ergiebt, durch welchen alle Indossamente und so auch dasjenige an den kläger. Mandanten ihre Bedeutung verloren, und zwar in dem Maaße, daß der kläger. Mandant zur Geltendmachung des Wechsels gar nicht legitimirt wäre, wenn das Indossament an denselben jetzt nicht so, als ob es nach dem Protest auf dem Wechsel gesetzt wäre, angesehen werden dürfte;

da demnach kläger. Mandant aus diesem Indossament weitere Rechte gegen den Acceptanten nicht ableiten kann, als der Trassant gegen denselben geltend machen könnte, und derselbe also auch die Einreden sich gefallen lassen muß, welche dem Bekl. gegen den Trassanten zustehen;

da aber zu diesen Einreden die exceptio rei judicatae, welche Beklagter auf das früher in der Sache gegen Herrn Dr. Wer abgegebene Erkenntniß gründen will, nicht gehört, und zwar deßhalb nicht, weil Herr Dr. Wer nicht etwa nur als Mandatar des Trassanten, sondern aus einem von dem Trassanten abgeleiteten Recht den Wechsel geltend machte, und die Annahme, daß für den ursprünglich Berechtigten das gegen seinen Rechtsnachfolger ergangene Erkenntniß verbindlich sei, eine irrige sein würde, während der allerdings richtige Satz, daß das gegen den ursprünglich Berechtigten ergangene Erkenntniß auch für dessen Rechtsnachfolger verbindlich sei, hier nur dann Anwendung finden könnte, wenn dem Umstande, daß Herr Dr. Wer dem Trassanten den Wechsel zurückgegeben, die Bedeutung beizulegen wäre, daß nunmehr der Trassant den Wechsel nur aus einem von Herrn Dr. Wer abgeleiteten Recht geltend machen könne;

da hingegen die Einrede, welche Beklagter darauf gründet, daß der Trassant ihm die Deckung des Wechsels bei dem Domiciliaten zugesagt habe, wie in der Sache des Herrn Dr. Wer gegen den Beklagten, so auch in dem jetzigen Processe als rechtlich begründet und durch die Bezugnahme auf die in jener früheren Sache von dem Beklagten producirten Briefe — insofern m. n. Kläger deren Aechtheit anerkennen sollte — als hinlänglich liquide zu erachten sein würde, und demnach dem m. n. Kläger, welcher bisher die Einlassung auf diese Einrede verweigert hat, zunächst eine solche Einlassung aufzuerlegen ist:

daß m. n. Kläger auf diese zuletzt erwähnte Einrede in nächster Audienz sub poena contumaciae zu repliciren habe.

No. 81.

Erste Kammer. Audienz vom 11. September 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Abegg.

Dr. Heinsen gegen S. Israel modo A. J. Isenthal als curator perpetuus (Dr. D. Hertz).

Dr. Heinsen verlangt von dem Beklagten als Trassanten die Bezahlung zweier Wechsel von resp. Bco# 265 und 350, da der Acceptant ausweise der Proteste die Bezahlung geweigert habe.

Der Beklagte opponirt gegen den ersten Wechsel von Bco# 265: Er erkläre sich über die Handschrift seines Curanden auf demselben ignorando, eventuell negando. Ferner aber sei der Wechsel präjudicirt. Derselbe sei ausgestellt am 11. November 1861, zwei Monat dato, also per 11. Januar 1862. Der Bezogene nun habe per 31. December acceptirt, und habe der Inhaber nur an diesem Tage Mangels Zahlung protestiren lassen, während er, um seinen Regreß zu

wahren, am 11. Januar 1862 von Neuem hätte protestiren lassen müssen.

Der Kläger: Nach der deutschen Wechsel-Ordnung sei am Zahlungstage bei nicht erfolgter Zahlung zu protestiren. Der Zahlungstag sei aber derjenige Tag, an welchem der Acceptant die Zahlung versprochen habe. Daß dieser Tag im vorliegenden Falle ein früherer sei als der vom Traffanten bestimmte, sei irrevalant und mache nicht eine nochmalige Protesterhebung erforderlich. Es komme im gegenwärtigen Falle hinzu, daß der Beklagte seine Unterschrift auf dem Wechsel, nachdem der Bezogene bereits sein Accept pr. 11. December auf denselben gesetzt habe, ohne wegen dieses Accepts zu moniren, anerkannt habe.

Das Handelsgericht erkannte in Betreff des ersten Wechsels von Bco.℔ 265:

da der Traffant sowie die Indossanten eines Wechsels nur dafür haften, daß der Bezogene der im Conterte des Wechsels enthaltenen Aufforderung gemäß Zahlung leiste;

da demnach, wenn auch der Bezogene den jetzt gegen den Bekl. als Traffanten eingeklagten Wechsel „per 31. Decbr. 1861" acceptirte, der Inhaber des Wechsels dennoch, falls derselbe seinen Regreß aus dem Wechsel nicht verlieren wollte, zu der im Conterte des Wechsels angegebenen Verfallzeit den Wechsel zur Zahlung präsentiren und in Entstehung der Zahlung ordnungsgemäß protestiren lassen mußte;

da auch die Annahme, daß die frühere Erhebung des Protestes den Vormännern des Inhabers, in Rücksicht darauf, daß der Regreß doch immer erst nach dem Eintritt der im Contert des Wechsels angegebenen Verfallzeit genommen werden könne, nur zum Vortheil gereiche, nicht für zutreffend erachtet werden kann, indem daraus, daß der Acceptant an einem früheren Tage nicht gezahlt hat, keineswegs mit Bestimmtheit geschlossen werden kann, daß derselbe auch an dem späteren Tage nicht gezahlt haben würde;

da es auch gänzlich irrelevant erscheinen muß, ob, wie Kläger replicando behauptet hat, Bekl., als demselben zur Anerkennung seiner Unterschrift der Wechsel vor dem 11. Januar l. J. vorgelegt wurde, über das damals schon auf demselben befindliche Accept nichts geäußert habe, indem — auch wenn man ohne Weiteres annehmen will, daß der Bekl. das Datum in dem Accept bemerkt haben müsse — doch der Bekl. keine Veranlassung zu der Annahme gehabt hätte, daß der Inhaber in Folge dieses Acceptes die ordnungsgemäße Protesterhebung zu der im Contert des Wechsels angegebenen Verfallzeit unterlassen werde;

da hiernach der vom Kläger beigebrachte Protest nicht als rechtzeitig erhoben betrachtet werden kann und somit zur Begründung des Regreßanspruches nicht genügt, demnach aber auch der Umstand, daß Cur.-noie. Bekl. die Aechtheit der Unterschrift seines Curanden leugnet, hinsichtlich dieses Wechsels nicht weiter in Betracht kommt:

daß Kläger mit der von ihm erhobenen Klage, insoweit dieselbe sich auf diesen Wechsel gründet, abzuweisen.

No. 82.

In Sachen Dris. Brandis gegen L. S. Weinberg & Co. modo Dr. Gompertz m. n. derselben (cf. No. 33 der „Gerichts-Zeitung," Handelsgericht No. 66) hat die erste Kammer, Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Durrieu, am 8. September 1862 das Erkenntniß der Ferien-Kammer vom 30. Juli lediglich bestätigt.

---

dass das Erkenntniß a quo vom 23. Juni d. J. unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen.

Obergericht.

No. 33.

In Sachen C. Ullmann gegen G. Kern & Co. (cfr. No. 27 der „Gerichts-Zeitung“, Handelsgericht No. 52) hat das Obergericht am 5. September erkannt:

da, wenngleich die im Wege des Straf-Verfahrens festgestellten Ergebnisse im Allgemeinen nicht ohne Weiteres als für den Privat-Rechtsstreit unter den Parteien für formell erwiesen angesehen werden können, doch die aus den Untersuchungsacten sich ergebenden Thatsachen in der Verhandlung erster Instanz nicht mit derjenigen Bestimmtheit bestritten worden sind, welche zu einer Beweisauflage Anlaß geben konnte,

da, was das Verhältniß des Isidor Ullmann zu dem durch den Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, betroffenen Geschäft anlangt, nach den vorliegenden Thatsachen gar keine Auffassung möglich ist, nach welcher derselbe an dem geständlich zu seinem, Isidor Ullmann's Vortheil, wenn auch auf den Namen des Klägers, gegründeten Geschäfte nicht wesentlich und hauptsächlich betheiligt wäre, eine solche Betheiligung aber genügt, um gegen den erhobenen Schadensanspruch die Einrede des von ihm, Isidor Ullmann, versuchten Betrugs geltend zu machen,

da zwar der Kläger allerdings auch das eigene mittelbare Interesse, das er vermöge seiner Haftung für die Schulden des Geschäfts, für welches er seinen Namen hergeliehen hatte, an dem Waarenbestande desselben hatte, würde haben versichern können, die Intension einer solchen Versicherung hier aber nicht vorliegt, in deren Ermangelung man mit dem Handelsgericht annehmen muß, daß die Waaren selbst, an deren Erhaltung aber Isidor Ullmann das hauptsächliche Interesse hatte, versichert worden sind:

Niedergericht.

No. 23.

In Sachen H. F. Boye und J. F. Krogmann gegen C. R. Hirsekorn (cf. No. 33 der Gerichtszeitung, Prätureu No. 14) hat das Niedergericht am 1. Septbr. erkannt:

Da zwar der klägerischen Auffassung, nach welcher die Verpflichtung des Beklagten zur Entrichtung des geforderten Beitrages zu den von der klägerischen Interessentschaft nach Maaßgabe ihres Status aufgewendeten Kosten als Ausfluß einer an dem beklagtischen Grundstücke haftenden, jeden Eigenthümer desselben ohne Weiteres verpflichtenden Reallast zu betrachten sein würde, aus dem Grunde nicht beizutreten ist, weil Reallasten nicht durch bloßen Vertrag constituirt werden können,

cf. Gerber Deutsches Privatrecht p. 411;

da aber nichtsdestoweniger der Beklagte, welcher ausweise seines von ihm beigebrachten Kaufbriefes durch den Verkäufer seines Grundstückes von der jetzt durch die Kläger vertretenen Genossenschaft Kenntniß erhalten und zur Leistung der auf ihn fallenden Beiträge verpflichtet worden, welcher auch nicht in Abrede stellt, daß er zu den Versammlungen der Interessentschaft ohne seinseitigen Widerspruch regelmäßig convocirt worden sei, daß er sich wegen seines Ausbleibens in diesen Versammlungen entschuldigt und sogar wiederholt in denselben durch die Deputirten eine abgeänderte Vertheilung der Beleuchtungskosten habe beantragen lassen, und welcher endlich die ihm abgeforderten Beiträge während einer Reihe von Jahren bezahlt hat, als Genosse der klägerischen Interessentschaft betrachtet werden muß;

da hieraus jedoch noch nicht folgt, daß der Beklagte den beigebrachten Statuten und allen Majoritäts-Beschlüssen der Interessentschaft unterworfen ist, indem der für die beklagtische Verpflichtung zunächst maaßgebende Kaufcontract keiner Statuten erwähnt und ebensowenig eine Anerkennung solcher Statuten durch den Beklagten vorliegt, da vielmehr Majoritäts-Beschlüsse der Interessenten für den Beklagten nur insoweit verbindlich sind, als die Stipulationen seines Kaufcontractes oder die Natur der Sache und der ihm bekannte Zweck der Genossenschaft solches bedingen;

da aus diesem Gesichtspunkte der Beklagte freilich zu den Kosten der durch die Interessentschaft beliebten Gasbeleuchtung und Anstellung eines Wächters ebensowohl zu contribuiren verpflichtet ist, als zu den Kosten der Wege-Unterhaltung;

da er sich aber eine willkürliche Repartition der Kosten durch Majoritäts-Beschluß an sich nicht gefallen zu lassen braucht, sondern eine Vertheilung nach Maaßgabe seines Contractes, oder — wenn dieser Zweifel läßt — eine der Sache entsprechende Vertheilung würde verlangen können;

da nun der Wortausdruck der betreffenden Bestimmung des beklagt. Kaufcontracts „pro rata der Frontenbreite der Grundstücke“ nur dahin zu verstehen ist, daß jedes Grundstück im Verhältniß seiner Breite an der Straße contribuiren soll, ohne Rücksicht auf ein etwaiges Vorland und dadurch gegebene doppelte Straßenfronten;

da auch abgesehen von dem Wortlaute des Kaufcontractes eine in anderen Fällen sich empfehlende Repartition nach Straßenfronten, bei welcher die Fronte eines Grundstückes auf jeder Seite der Straße gleichmäßig in Ansatz zu bringen ist, hier deshalb für eine angemessene nicht gelten kann, weil das Vorland nicht beliebig bebauet werden darf und der aus den gemeinsamen Einrichtungen für die einzelnen Grundeigenthümer erwachsende Nutzen hinsichtlich des Vorlandes im Vergleich zu dem zu Bauplätzen verwendbaren Hinterlande nur ein sehr untergeordneter und unbedeutender ist;

da demnach der Beklagte nur nach einfacher Frontenbreite seines Grundstückes (für 260 Fuß) zu den gemeinsamen Kosten zu contribuiren verpflichtet sein würde, sofern er nicht die von der Interessentschaft beliebte anderweitige Repartitions-Norm als auch für sich verbindlich sollte anerkannt haben, da eine solche Anerkennung in der von ihm geleisteten Zahlung seines nach jener Repartitions-Norm berechneten Beitrages zu erblicken sein würde, wenn nicht — wie Beklagter allerdings behauptet, klägerischerseits aber bestritten wird — bei der Zahlung ausdrücklich von ihm gegen die Repartitions-Norm als für ihn nicht verbindlich protestirt worden wäre:

daß das Erkenntniß der Prätur vom 9. Juli 1862 wieder aufzuheben und Beklagter zu verpflichten sei, die libellirten Crt.$ 176. 6. nebst Zinsen vom Tage der ersten Citation und den Kosten des Präturverfahrens innerhalb 14 Tagen sub poena executionis an die Kläger zu bezahlen, er würde denn den innerhalb 8 Tagen sub poena cont. salva reprobatione anzutretenden Beweis erbringen:

„daß er bei Zahlung der von ihm an die „klägerische Interessentschaft geleisteten Bei„träge gegen die Repartitions-Norm aus„drücklich protestirt habe.“

Im Fall der Erbringung dieses Beweises soll demnächst weiter was Rechtens erkannt werden.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Grefe & v. Döhren.

№ 38. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 20. September. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Martens c. Harms & Co. — Joseph c. Bloch. — Dr. Brandis c. Schernikau. — Obergericht: Köster c. Darte.

Handelsgericht.

No. 83.

Zweite Kammer. Audienz vom 13. Sept. 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Blume und Stahmer.

H. C. Martens (Dr. Bargmann) gegen Lorenz Harms & Co. (Dr. Noack).

Der Kläger verlangt die Bezahlung von ℛ 24., da er den Beklagten am 6. Februar d. J. ein Packet mit zwei Kisten Havanna-Cigarren von gleichem Werthe zur Beförderung nach Harburg übergeben habe, dieses aber an den dortigen Adressaten nicht geliefert worden sei.

Die Beklagten entgegnen: Es sei richtig, daß das Packet in Harburg nicht angekommen; dasselbe werde höchstwahrscheinlich beim Umladen ins Wasser gefallen sein. Eine Verantwortlichkeit ihrerseits für solche Verunglückung lasse sich allerdings nach den Statuten des Elbschifffahrtsvereins in Harburg, welchem sie angehörten, nicht bestreiten; doch sei diese Verantwortlichkeit nur eine beschränkte, da § 68 der erwähnten Statuten bestimme, daß Assecuranz nur bis zum Schadensersatz von 50 ℛ pr. 100 ℔ übernommen werde. Das Publicum sei von dieser Beschränkung auch mehrfach, namentlich durch Inserate in den Hamburger Nachrichten, unterrichtet worden. Es komme demnach nur noch auf das Gewicht des verlorenen Packets an, und werde der so zu berechnende Schadensersatz — wie auch schon vor der Klage geschehen — offerirt. Wolle der Kläger sich diesen Gesichtspunkt nicht gefallen lassen, so habe die angestellte Klage gar keinen Grund; denn der Schiffer sei für einen auf der Schifffahrt sich ereignenden Casus nicht verantwortlich, höchstens könne man von ihm eine Exculpirung fordern. Eventuell würde Kläger jedenfalls den eingeklagten Anspruch justificiren müssen.

Der Kläger bestreitet, daß das Packet ins Wasser gefallen; es stehe nur fest, daß dasselbe verloren sei, und müßten die Beklagten einen von ihnen behaupteten Zufall beweisen. Sowohl der von den Beklagten in Bezug genommene Verein, als die Statuten desselben seien ihm unbekannt; und könne ihn die Anzeige davon in den Nachrichten nicht verpflichten. Auch würden jene Statuten, falls sie die Verantwortlichkeit des Schiffers unter allen Umständen bis auf gewisse

Summen beschränken wollten, allgemeinen Rechtsgrundsätzen entgegenlaufen.

Erkannt:

Da der Frachtschiffer für den Schaden, welcher durch Verlust des Frachtgutes seit der Empfangnahme vor der Ablieferung entstanden, verhaftet ist, sofern er nicht beweiset, daß der Verlust durch unabwendbare höhere Gewalt, durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist;

da, wenn es an sich bezweifelt werden muß, daß der Frachtschiffer von solcher Verbindlichkeit durch öffentliche sporadische Bekanntmachungen sich liberiren könne, wenn solche Erklärungen nicht außerdem dem betreffenden Contrahenten ausdrücklich (z. B. durch Bezugnahme der Frachtbriefe auf Statuten oder Bekanntmachungen) abgegeben worden, jedenfalls in den producirten Statuten und Bekanntmachungen der Beklagten eine Befreiung von jener gesetzlichen Verbindlichkeit nicht gefunden werden kann, vielmehr die beklagtische Erklärung:

„die Assecuranz bis zum Schadensersatz von von ℳ 50. per Zoll-Centner liegt in der Fracht“

so zu verstehen ist, daß für diejenigen casuellen Ereignisse, für welche Beklagte als Frachtschiffer nicht aufzukommen haben, sie außerdem die Assecuranz, jedoch diese nur in einer beschränkten Weise übernehmen, weil die gesetzliche Verhaftung des Frachters für das übernommene Gut nicht durch das Wort „Assecuranz“ bezeichnet wird, sondern dasselbe die Uebernahme eines an sich den anderen Contrahenten und nicht ihn treffenden Riscos ausdrückt,

vergl. Benecke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens Bd. I. p. 1;

da also jene Bestimmung, wenn sie hiernach dem Kläger ein weiteres Recht einräumt, doch nur dann zur Anwendung kommen würde, wenn zuvor die Beklagten von ihrer Verhaftung als Frachtführer sich exculpirt hätten, der Beweis einer höheren Gewalt, welche den Verlust der fraglichen Kiste veranlaßt, ihnen aber gar nicht nachgelassen werden kann, weil es gänzlich an substantiirter Behauptung einer solchen fehlt, indem die Beklagten nur angegeben haben, daß die Kiste ins Wasser gefallen sei, nicht aber, daß solcher Unfall durch Sturm, Strandung oder eine andere unabwendliche Ursache herbeigeführt worden:

daß Beklagte für den Werth des fraglichen Packets ersatzpflichtig zu erklären,

und Kläger den Beweis:

daß solcher Werth 24 ℳ oder wie viel weniger betrug,

zu führen und, vorbehältlich beklagtischen Gegenbeweises, innerhalb acht Tage bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig.

No. 84.

Zweite Kammer. Audienz vom 12. September 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor. Richter: die Herren Mutzenbecher und Vogler.
Israel Joseph (Dr. Nathan) gegen Jonas Bloch (Dr. Jacobson).

Der Kläger bringt ein Schuldbekenntniß des Beklagten (Anl. 1) bei, ausweise dessen Beklagter am 31. October 1856 dem Kläger eine Schuld von Bco.ℳ 6000. nach Abwickelung aller unter den Parteien bis dahin anhängigen Geschäftsverbindungen, namentlich Transactionen über Staatspapiere, eingeräumt hat. In dieser Anlage 1 erklärt Beklagter, er habe am 16. October 1856 dem Kläger für obigen Betrag eigene Wechsel ausgestellt, deren Verzeichniß er beifügt. Der Kläger giebt nun an, daß Beklagter weder jene Wechsel zur Verfallzeit eingelöst, noch die alte Schuld berichtigt habe, so daß Kläger, nachdem er einen Theil seiner Forderung an den Beklagten Dritten cedirt, für

jetzt noch Bco.ℋ 1500. vom Beklagten zu fordern habe. Da nun die für diesen Betrag valedirenden drei Wechsel à Bco.ℋ 500, welche er als Anlagen 2—4 beibringe, vom Beklagten nicht eingelöst und lange verjährt seien, so sei Beklagter zur Bezahlung der alten in Anlage 1 anerkannten Schuld verpflichtet. Sollte dagegen wider Erwarten in der Ausstellung der Wechsel gerichtsseitig eine privative Novation des alten Schuldverhältnisses erblickt und dieses selbst als erloschen angesehen werden, so habe sich der Beklagte durch Verjährung der Wechsel ersichtlich um deren Betrag mit dem Schaden des Klägers bereichert, und werde für diesen Fall der klägerische Anspruch durch die Bereicherungsklage in Gemäßheit Art. 83 der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung fundirt.

Beklagter wendet ein: Er bestreite zunächst, daß die von dem Kläger beigebrachten drei Wechsel zu den in der Anlage 1 angegebenen gehörten, jedenfalls seien die Summen zweier Wechsel, Anlagen 2 und 4, geringer als die in der Anlage 1 bei den entsprechenden Verfalltagen angegebenen Beträge, während es höchstens rücksichtlich der Anlage 3 zweifelhaft erscheinen könne, ob dieser Wechsel, dessen Summe allerdings mit dem unter dem entsprechenden Verfalltage in der Anlage 1 angegebenen Betrage übereinstimme, zu den in dieser verzeichneten Wechseln gehöre. Nun sei aber jedenfalls das alte der Anlage 1 zu Grunde liegende Schuldverhältniß durch die Ausstellung der eigenen Wechsel novirt worden, die alte Schuld des Beklagten habe aufgehört zu existiren, die Wechselschuld sei an deren Stelle getreten, mithin sei die Klage soweit sie sich auf das alte Schuldverhältniß stütze unzulässig. Aber auch die eventuelle Bereicherungsklage auf Grund Art. 83 der Wechsel-Ordnung sei unstatthaft, da diese Klage formell gültige Wechsel voraussetze, die vom Kläger producirten Documente aber als gültige Wechsel nicht anzusehen seien. Einmal nämlich enthielten dieselben ein Zinsversprechen, und mache ein solches nach vielfachen Präjudicaten den Wechsel ungültig; zweitens sei außer dem ursprünglichen Datum des Verfalltages neben der Unterschrift des Beklagten ein zweiter späterer Verfalltag hinzugefügt und fehle es somit den Wechseln an einem bestimmten Verfalltage, indem man nicht wisse, welcher von beiden der richtige sein solle. Endlich liege auch eine Bereicherung des Beklagten gar nicht vor, da der in Anl. 1 eingeräumten Schuld höchst zweifelhafte Ansprüche aus Fondsdifferenzen zu Grunde gelegen hätten.

Kläger entgegnet: Das beklagtische Bestreiten der Identität der producirten drei Wechsel mit den in der Anl. 1 angegebenen erscheine vollständig bedeutungslos, denn sowohl das in der Anl. 1 angegebene Datum der Ausstellung als dasjenige der Verfalltage stimme mit den Daten der producirten Wechsel genau überein; wenn dagegen die Summe zweier Wechsel geringer sei als die in der Anl. 1 bei den entsprechenden Verfalltagen verzeichneten Beträge, so habe das einfach darin seinen Grund, daß jenes Verzeichniß ersichtlich nur die Gesammtbeträge der beklagtischen Wechsel und deren verschiedene Verfallzeiten, nicht aber die **einzelnen Appoints**, aus denen jene Gesammtbeträge bestehen, aufführe. Um so hinfälliger aber erscheine das gegnerische Bestreiten, als Beklagter weder anzugeben vermöge, woher denn die producirten Wechsel, deren Handschrift er anerkenne, stammen sollten; noch zu behaupten im Stande sei, daß er die in Anl. 1 verzeichneten Wechsel eingelöst oder sonst seine Verbindlichkeit erfüllt habe. Eben so wenig sei die beklagtische Berufung auf eine angebliche Novation des alten Schuldverhältnisses durch Ausstellung der Wechsel zu attendiren, denn eine derartige Novation sei nach allgemeinem Rechtsgrundsatze keineswegs zu präsumiren, am wenigsten bei Ausstellung eigener Wechsel, es müsse vielmehr die ausdrücklich ausgesprochene Absicht der Parteien auf eine Aufhebung des alten Schuldverhältnisses gerichtet sein, um die privative Novation desselben eintreten zu lassen (cf. Bruhns, Samml. Bd. II., S. 754. Erkennt. des Hamburger Obergerichts 1862 in Sachen Cur. bon. Fraser c. Gebr. Müller.) Eine derartige Intention der Parteien liege hier aber keineswegs vor, vielmehr spreche der Umstand, daß Beklagter nach Ausstellung der Wechsel die Existenz der alten Schuld in der Anl. 1 anerkannt habe, gegen die Annahme einer derartigen Intention auf das Entschiedenste. Selbst aber wenn eine Novation vorliege, sei doch Beklagter auf Grund der Bereicherungsklage unzweifelhaft sachfällig; ein Zinsversprechen mache nach bekannter Hamburgischer Praxis einen Wechsel, namentlich einen eigenen, keineswegs ungültig; eben so wenig aber könne die Hinzufügung eines späteren Zahlungstages, welche vielmehr als einfache Prolongation des Wechsels erscheine, diesen selbst wirkungslos machen. Besonders frivol aber er-

scheine die gegnerische Argumentation, wenn man erwäge, daß Beklagter einerseits eine Novation des alten Schuldverhältnisses behaupte, weil er Wechsel über dasselbe ausgestellt habe, andererseits aber behaupte, daß die von ihm ausgestellten Documente gar keine gültige Wechsel gewesen seien. Wären die Anlagen 2—4 wirklich werthlose Documente, so könnte denn doch in deren Ausstellung ganz gewiß keine Novation enthalten sein. Eben so wenig könne endlich Beklagter seine Bereicherung mit dem Schaden des Klägers bestreiten, falls er das alte Schuldverhältniß durch Ausstellung der Wechsel als erloschen angesehen wissen wolle, denn ersichtlich würde in diesem Falle durch Verjährung der Wechsel Beklagter von seiner anerkannten Verbindlichkeit ohne jegliche Leistung liberirt sein und würde Kläger diesen Betrag einer anerkannten Forderung dann eingebüßt haben.

Erkannt:

da der Beklagte weder seine Unterschrift auf der Anl. 1, noch seine Handschrift auf den sub No. 2, 3 und 4 producirten Wechseln in Abrede gestellt hat,

da der Beklagte sich in der Anl. 1 und zwar unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den geschäftlichen Verkehr, in welchem er bis dahin mit dem Kläger gestanden, und auf die vorgenommene Ordnung und Regulirung ihres gegenseitigen Rechnungsverhältnisses, ohne irgend welchen Vorbehalt, als Schuldner des Klägers für die Summe von Bco℔ 6000 constituirt hat;

da das Bestreiten des Beklagten, daß die sub 2 bis 4 producirten Wechsel identisch seien mit den in der Anl. 1 verzeichneten, keine Berücksichtigung finden kann, weil die vorgelegten Wechsel hinsichtlich des Tages der Ausstellung und der Verfalltage mit den desfallsigen Angaben in der Anl. 1 genau übereinstimmen, indem die den Accepten hinzugefügten anderweitigen Verfalltage ersichtlich später geschrieben und in der Anl. 1 nur die für die einzelnen Verfalltage acceptirten Summen, nicht aber die einzelnen Abschnitte, in welchen solche Summen acceptirt worden, angegeben sind, und weil der Beklagte nicht zu behaupten, geschweige denn irgendwie zu bescheinigen vermocht hat, daß er von den in der Anl. 1 aufgeführten Wechseln irgend welche eingelöset habe;

da ferner nach den Intentionen der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung auch in der Ausstellung von Sola-Wechseln abseiten eines Schuldners an die Ordre seines Gläubigers eine privative Novation gefunden werden muß, weil im andern Falle die Bereicherungsklage, welche nach Art. 98 sub 10 auch auf eigene Wechsel Anwendung finden soll, ein überflüssiges Institut sein würde:

cf. Hoffmann, Ausführl. Erläuterungen der A. D. W.-O. pag. 593 ff.
Kletcke, Encyclopädie des gesammten europäischen Wechselrechts I. pag. 444 ff.

da darnach nur die angestellte Bereicherungsklage für zulässig erachtet werden kann, diese selbst Angesichts der anerkannten Anl. 1 aber völlig liquide erscheint, indem Beklagter, der durch die Verjährung der vorgelegten drei Wechsel von der Verpflichtung zu deren Einlösung befreit ist, und der nicht behauptet hat, dem Kläger anderweitig für dessen Forderung aus der Anl. 1 gerecht geworden zu sein, offenbar um den Betrag der Wechsel und zwar zum Nachtheil des Klägers sein Vermögen vergrößern würde, indem er, ohne irgend eine Leistung von seiner anerkannteu Schuld befreit, einen gleichen Betrag seiner Capital-Conto als Gewinn zuschreiben dürfte, während der Kläger die gleiche Summe als Verlust buchen müßte,

da endlich der gegen die Bereicherungsklage aus der Form der vorliegenden Wechsel hergenommene Einwand des Beklagton, soweit er sich auf das in den Wechseln enthaltene Zinsversprechen stützt, nach der bislang in Hamburg befolgten Praxis für unbegründet erachtet werden muß, soweit er aber auf den dem Accepte hinzugefügten Verfalltag Bezug nimmt keine Beachtung verdient, zumal da, wenn die Anlagen 2, 3 und 4 aus irgend welchem Grunde nicht als untadelhafte Wechsel sollten erachtet werden können, auch die privative Novation nicht stattgefunden haben und somit der Beklagte mit Recht auf Grund der Anl. 1 belangt sein würde:

daß Beklagter zu verurtheilen, dem Kläger gegen Auslieferung der Anlagen 2, 3 und 4

die eingeklagten Bco.ℳ 1500. nebst Zinsen vom Klagetage und den Kosten innerhalb acht Tage s. p. executionis zu bezahlen.

No. 85.

Erste Kammer. Audienz vom 4. September 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Durrieu.

Dr. H. A. R. Brandis subst. nom. G. H. Kaemmerer Söhne mand. nom. J. T. Beukers in Schiedam, als Policeninhaber, gegen W. Schernikau in Vollmacht der Dresdener Feuerversicherungs-Gesellschaft und Consorten (Dr. Noack).

Der Kläger verlangt die Bezahlung von Bco.ℳ 2720., da die von Barmbrock & Co. in Altona mit dem Schiffe „Morchina Gesina" verladenen, von dem Beklagten für die Reise von Holbeck nach einem Hafen Hollands, frei von Beschädigung, außer im Strandungsfalle, versicherten Waaren total verloren gegangen seien. Er producirt die an den Inhaber lautende Police, das in seinen Händen befindliche, in blanco indossirte Connossement über die Waaren, sowie die Verklarung der Morchina Gesina, aus welcher hervorgeht, daß das Schiff am 15. Nov. v. J. in sinkendem Zustande von der Mannschaft verlassen worden ist, und nach kurzer Zeit, nachdem man sich ungefähr ½ Meile von demselben entfernt hatte, durch die Fernröhre nicht mehr wahrgenommen werden konnte.

Der Beklagte entgegnet: Er fordere Edition des Ordrebriefes, sowie Angabe des bei der Versicherung selbst Interessirten, da die Inhaberschaft der Police und des an Ordre gestellten Connossements für den Beweis des Interesses nicht genüge. — Die Klage gründe sich auf einen Totalschaden. Dieselbe sei aber abzuweisen, da nach Inhalt der Verklarung kein Totalschaden, sondern der Fall eines Abandons vorliege, indem der wirkliche Untergang des Schiffes nicht bezeugt sei. Es hätte also nach den Vorschriften des § 120 des Allg. Plans für Verschollenheitsfälle verfahren werden müssen, wobei als Tag der letzten Nachricht die Verklarung in Betracht komme, also der 23. Novbr. 1861. Nach Beobachtung dieser Vorschriften, insbesondere der dort vorgezeichneten Fristen, aber hätte frühestens am 23. Mai 1862 geklagt werden können, während die Klage bereits am 10. März angestellt sei. — Er opponire ferner, unter Hinweis auf § 84 des Allg. Plans, die Einrede der Compensation, da Barmbrock & Co. in Altona, die ursprünglichen Versicherer, notorisch insolvent seien, und nicht nur die Prämie für diese Versicherung, sondern noch anderweitige Prämien, und zwar zum Gesammtbetrage von Bco.ℳ 1223. 2. schuldeten. Eventuell müsse ihm jedenfalls die Compensation mit der für die gegenwärtige Versicherung noch geschuldeten Prämie gestattet sein.

Der Kläger replicirt: Er könne sich zur Zeit nicht darüber erklären, ob ein Ordrebrief überall existire. Das Interesse des Klägers, welcher die fragliche Ladung von Barmbrock & Co. inclusive Fracht und Assecuranz gekauft und gegen Zahlung des Kaufpreises das Connossement und die Police erhalten habe, sei durch die an Inhaber ausgestellte Police und die Beibringung des Connossements, auf welches in der Police selbst Bezug genommen sei, vollständig nachgewiesen. — Die Einrede aus § 120 des Allg. Plans anlangend, so liege der dort behandelte Fall der Verschollenheit „wenn überall keine Nachricht von der Fahrt des Schiffes gekommen ist" hier nicht vor. Denn man habe die Nachricht, daß das Schiff in sinkendem Zustande von der Mannschaft verlassen worden sei, welche Thatsache allein genüge, um den Beweis des Totalverlustes herzustellen (cfr. Erkenntniß des Obergerichts in Sachen Duncker c. Burghard & Co. vom 28. März 1862*) und des Handelsgerichts in Sachen Tesdorpf c. Duncker. Ullrich, No. 262). Die Einrede der Compensation anlangend, so sei der Beklagte mit seinen Prämienforderungen dem von Barmbrock & Co. proponirten Accorde von 25 pCt. beigetreten und hätte auch die Accordquote erhalten. Die Compensationsbefugniß sei ihm aber auch abgesehen hiervon — und zwar sowohl wegen der übrigen als wegen der für die vorliegende Versicherung valedirenden Prämie — abzusprechen. Denn erstens liege die Voraussetzung des § 84, die Insolvenz von Barmbrock & Co., nicht vor. Sodann aber handle es sich hier um eine Police an den Inhaber, in welcher der Versicherer noch dazu ausdrücklich erklärt habe, sich wegen der Prämie nur an

---

*) cf. No. 15 der „Gerichts-Zeitung." Obergericht No. 13.

den ursprünglichen Versicherer, Barmbrock & Co., halten zu wollen, sowohl durch Hineinsetzung der Worte: „Prämie von Barmbrock & Co." als durch Umänderung der in der Police gedruckten Worte: „Prämie in Banco von den Herren Versicherten" in: „von den Herren wie oben." Der § 84 des Allg. Plans, aus dem allein eine Compensationsbefugniß abgeleitet werden könnte, setze voraus, daß die Police auf Namen des Abschließenden laute.

Der Beklagte läugnet, daß der Accord mit Barmbrock & Co. perfect geworden.

Erkannt:

da ausweise der beigebrachten Verklarung das Schiff Morchina Gesina auf offener See, ohne daß zuvor etwas von der Ladung gerettet wurde, von der Mannschaft verlassen ward und zwar in solcher Beschaffenheit, daß das Untersinken des Schiffs — dessen Raum sich mit Wasser füllte und dessen Ladung auf die eine Seite überzuschießen begonnen hatte — als nahe bevorstehend von der Mannschaft betrachtet wurde,

da auch irgend welche Umstände nicht vorliegen, welche darauf hinweisen, daß, nachdem das Schiff verlassen worden, dasselbe, oder — worauf es hier allein ankommt — die Ladung, oder ein Theil derselben in Folge eines glücklichen Zufalls geborgen sein könnte, vielmehr über das fernere Schicksal des Schiffs und seiner Ladung nichts weiter vorliegt, als die Thatsachen, aus denen die Mannschaft ableitet, daß Schiff und Ladung, nachdem sie dieselben als unrettbar verlassen, auch wirklich gesunken seien,

da unter diesen Umständen — in Uebereinstimmung mit den von substitutorio nomine Kläger angeführten, in früheren Fällen abgegebenen Entscheidnngen, sowie namentlich auch mit der von dem Ober-Appellationsgerichte in Sachen: Lutze, Cropp u. Co. gegen J. W. Duncker ausgesprochenen Ansicht — die Beklagten sich nicht weigern können, die ausweise der producirten Police theilweise bei ihnen versicherte Ladung als total verloren gelten zu lassen und somit die Einwendung der Beklagten, daß Kläger seinen Anspruch auf Ersatz dieses Totalverlustes nur auf die Voraussetzungen eines Abandons gründen und demnach auch diesen Anspruch erst nach Ablauf der Verschollenheitsfrist hätte erheben können, für unbegründet zu erachten ist,

da sodann — die Einrede der Compensation betreffend — für die Frage, ob Kläger es sich gefallen lassen müsse, daß Beklagte Forderungen, welche denselben an Barmbrock u. Co. zustehen, compensando gegen den von ihm erhobenen Anspruch geltend machen, es darauf ankommt, welche Bedeutung dem Umstand zuzuschreiben ist, daß die Police, auf welche Kläger seinen Anspruch gründet, auf „Inhaber" lautet,

da nun die Ansicht, welche Kuntze in seiner von den Beklagten in Bezug genommenen Schrift, „die Lehre von den Inhaber-Papieren" zu begründen versucht — eine Ansicht, welche im Wesentlichen dahin geht, daß bei allen Policen und insbesondere auch bei allen Policen über Seeversicherungen die Inhaber-Clausel nur zu Gunsten des Versicherers diene, so daß dieselbe nur die Wirkung habe, daß der Versicherer im Schadensfalle dem Inhaber der Police, ohne dessen Legitimation weiter zu prüfen, Zahlung leisten dürfe — nicht für richtig gehalten werden kann,

da namentlich bei einer Seeversicherung von Waaren die Thatsache, daß über Waaren, welche zur Verladung bereit liegen oder, bereits verladen, sich noch auf der Seereise befinden, häufig eine größere Anzahl von Verkäufen nach einander abgeschlossen werden, darauf hinweist, daß derjenige, welcher die Waaren versichern läßt, sich deshalb ausbedingt, daß die Police auf „Inhaber" gestellt werde, damit dieselbe von dem künftigen Besitzer für dessen eigne Rechnung geltend gemacht werde, in allen den Fällen aber, in denen bei der Stellung eines Documents auf „Inhaber" von vornherein die Absicht vorlag, daß der künftige Besitzer des Documents dasselbe für eigne Rechnung geltend machen solle, die Annahme, daß der Schuldner nach seinem Ermessen von dem Besitzer des Documents eine weitere Legitimation zu fordern berechtigt sei, deshalb als ausgeschlossen betrachtet werden muß, weil im Hinblick darauf, daß der Schuldner von diesem Rechte Gebrauch machen könnte, derjenige, der das Document erwirbt, sich niemals mit der Aushändigung desselben

begnügen könnte, vielmehr immer darauf Bedacht nehmen mußte, daß er ungeachtet des Besitzes des Documents in die Lage gerathen könne, sich als Rechtsnachfolger des ursprünglich Berechtigten zu legitimiren, wie denn auch Kunze selbst (vergl. namentlich S. 395 seiner Schrift) es nicht übersieht, daß im Allgemeinen der Inhaber-Clausel dann immer eine weitere Bedeutung beizulegen ist, wenn bei der Ausstellung des Documents beabsichtigt ward, durch die Clausel die Begebung des Documents zu erleichtern,

da hiernach bei einer Waarenversicherung, wenn die Police auf „Inhaber" lautet, diesem Umstand die Bedeutung zugeschrieben werden muß, daß der Besitzer der Police dieselbe in der Weise geltend machen könne, als ob der Versicherer ursprünglich ihm das in der Police enthaltene Versprechen ertheilt hätte, ebenso wie ein solches Recht dem Indossatar einer „an Ordre" ausgestellten Police zustehen würde,

vgl. Pöhls Handelsrecht, Bd. 4, S. 540 ff., und hinsichtlich der Einreden des Versicherers gegen den Indossatar einer „an Ordre" gestellten Police: Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 302, 303 und 896 und die Protocolle zu demselben, S. 3579 u. ff.

da demzufolge es keiner Untersuchung darüber bedarf, ob Barmbrock u. Co. ursprünglich die Versicherung schlossen und ob diese Firma die von den Beklagten angegebenen Beträge denselben schuldig geworden ist und noch schuldet, vielmehr die auf diese Forderungen gegründete Einrede der Compensation in Rücksicht auf den Umstand, daß die Police von den Beklagten auf „Inhaber" ausgestellt ward, ohne Weiteres als unzulässig zu erachten ist,

da insbesondere auch der eventuelle Antrag der Beklagten, sie mit der Compensation insoweit zuzulassen, als ihre Forderungen sich auf die Prämie für die hier vorliegende Versicherung beziehen, für unbegründet zu halten ist und zwar deshalb, weil der Inhaber, wenn er auch nicht mehr Rechte aus der Police ableiten kann, als wäre ihm das in derselben enthaltene Versprechen ertheilt worden, doch seinerseits irgend welche Gegenleistung gegen die Aussteller der Police nicht übernommen hat und Beklagte, wenn sie die Erfüllung des von ihnen in der Police ertheilten Versprechens von der Prämienzahlung abhängig machen wollten, dieses ausdrücklich in der Police selbst aussprechen mußten, in der vorliegenden Police aber eine solche Erklärung der Beklagten nicht zu finden ist, vielmehr die Worte: „Prämien von Barmbrock & Co." schwerlich eine andere Deutung zulassen, als die, daß die Beklagten wegen der Prämienzahlung sich lediglich an die genannte Firma halten sollten,

da nun freilich keineswegs es sich ohne Weiteres aus der obigen Auffassung der Inhaber-Clausel ergiebt, daß im Schadensfalle der Inhaber auch sein Interesse an dem versicherten Gute nicht nachzuweisen brauche, im vorliegenden Falle es jedoch einer Entscheidung darüber, ob diese weitergehende Bedeutung der Inhaber-Clausel beizulegen sei, aus dem Grunde nicht bedarf, weil Kläger bereits documentirt hat, daß er in Besitz eines in blanco indossirten Connossements über die in der Police aufgeführten Waaren sind befindet und Beklagte — nachdem substitutorio nomine Kläger replicando bestimmt behauptet hatte, daß der klägerische Mandant die Waaren gekauft und gegen Zahlung des Kaufpreises Connossement und Police ausgeliefert erhalten habe — weitere Beweise für diese Angaben nicht verlangt haben,

da hiernach die Beklagten in jeder Beziehung sachfällig erscheinen:

daß dieselben schuldig seien, die eingeklagten Summen nebst den Zinsen vom Klagetage und den Proceßkosten dem substutitutorio nomine Kläger innerhalb acht Tagen sub poena executionis zu bezahlen.

Obergericht.

No. 34.

In Sachen J. H. Köster gegen J. Darte (cfr. No. 35 der „Gerichts-Zeitung“, Handelsgericht No. 75) hat das Obergericht am 12. September auf beklagtische Appellation erkannt:

Da nach der constanten Praxis der hiesigen Gerichte der Umstand, daß der Schuldner ein Ausländer ist, einen genügenden Grund zu einer Arrestanlage enthält,

da zwar diese Regel nicht als eine unbedingte Rechtsnorm erscheint, vielmehr der Richter befugt und verpflichtet ist, zur Verhütung von Mißbrauch in jedem einzelnen Falle die sämmtlichen Umstände zu erwägen, also den Arrestantrag eines Gläubigers, wenn eine Beeinträchtigung oder irgend erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung unerfindlich sein sollte, zurückzuweisen,

Stat. I. 17. Art. 2,

da es auch der Natur der Sache nach mit dieser Untersuchung um so genauer genommen werden muß, je tiefer die beantragte Maaßregel in die Rechts- und Freiheitssphäre des Schuldners eingreift,

da jedoch die Prüfung der den vorliegenden Fall betreffenden, in dem handelsgerichtlichen Erkenntnisse angedeuteten Umstände nur zu einer Bestätigung der Entscheidung erster Instanz führen kann,

in Erwägung:

daß nach dem Schreiben vom 26. Janr. d. J. dem Kläger für sein Guthaben innerhalb sechs Monaten nach Verfall ausdrücklich Anschaffung, also Zahlung am hiesigen Orte zugesagt ist, mithin ein Fall vorliegt, in welchem das Gesetz selbst in den freien Jahrmärkten unter Beiseitesetzung der Privilegien der Marktfreiheit gestattet, auf Verhaftung des säumigen Schuldners anzutragen,

Stat. I. 17. Art. 16,
V. v. 29. Decbr. 1815,
Gries I. Pag. 68,

daß außerdem der Beklagte sich nicht nur in offenbar mißlichen Vermögensverhältnissen befindet, sondern sich auch nur vorübergehend zu einem bestimmten Zwecke hier aufzuhalten beabsichtigt, weshalb mit Grund zu besorgen ist, derselbe werde, wenn er sich mit dem Kläger nicht gütlich einigen kann, Hamburg wieder verlassen, ohne die gerichtliche Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten und vor seiner Abreise seine Verbindlichkeit gegen den Kläger zu erfüllen oder den Letzteren in dieser Beziehung gehörig sicher zu stellen,

da das Gewicht dieser Gründe auch nicht beseitigt oder auch nur erheblich gemindert wird durch die Behauptung, daß der Beklagte in guter Absicht, um sich mit den Gläubigern seiner Firma gütlich zu einigen, hierher gekommen sei, und daß der Kläger durch sein einseitiges Vorgehen ohne eigenen Nutzen nur die Interessen der übrigen zum Theil hieselbst wohnhaften Gläubiger beeinträchtige, indem hiergegen in Betracht kommt:

daß erst durch die Concurseröffnung eine rechtliche Gemeinschaft unter den Creditoren eines Schuldners entsteht, bis dahin aber kein Gläubiger verbunden ist, sich auf außergerichtliche Nachlaßverträge einzulassen oder auf andere Mitgläubiger Rücksicht zu nehmen, vielmehr jedem einzelnen Creditor freisteht: „wider den Debitor sein Recht auszuüben und dessen Person zu verfolgen,“

daß dieser schon im gemeinen Rechte begründete Rechtssatz auch in der hiesigen Gesetzgebung seine ausdrückliche Anerkennung und Bestätigung gefunden hat,

Stat. I. 43. Art. 9,

daß also der Richter, ohne sich über diese Rechtsnorm wegzusetzen und in unstatthafter Weise die Zweckmäßigkeit des Gesetzes seiner Cognition zu unterwerfen, die obigen Angaben selbst unter Voraussetzung ihrer Richtigkeit nicht als erheblich ansehen und noch weniger in der behaupteten rücksichtslosen Rechtsausübung einen Mißbrauch oder eine Chicane erblicken darf,

da auch im Uebrigen die völlig zutreffenden Entscheidungsgründe der angefochtenen Sentenz unwiderlegt geblieben sind und demgemäß der klägerische Arrestantrag für genügend begründet erachtet werden muß:

daß unter Verwerfung der beklagtischen Appellation und unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz das angefochtene Erkenntniß der Ferien-Kammer des Handelsgerichts vom 27. August d. J. hiemit bestätigt werde.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 39. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 27. September.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Liebisch c. Unger. — Dr. Sieveking c. Capt. Asplundt. — Ringel & Co. c. Hartmann. — Niedergericht: Eichholz c. Behncke.

Handelsgericht.

No. 86.

Zweite Kammer. Audienz vom 12. Sept. 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Vogler und Mutzenbecher.

J. J. Liebisch (Dr. Kierulff) gegen C. F. Unger, als Procurator der vereinigten Hamburg-Magdeburger Dampfschifffahrts-Compagnie (Dr. Heinsen).

Der Kläger führt aus: Er habe von der beklagtischen Gesellschaft laut Frachtbriefes (Anl. 1) eine Partie von 25 Dutzend und 37 Stück Schleifsteinen zu empfangen gehabt. Bei der Ankunft hätten sich mindestens 10 Dutzend davon als sehr beschädigt (durchnäßt und beschmutzt) ausgewiesen, weßhalb er diese beschädigte Partie von dem Ewerführer der Gesellschaft nur unter ausdrücklichem Protest entgegengenommen, auch dem Beklagten selbst sofort schriftliche Anzeige hiervon gemacht und erklärt habe, die Gesellschaft für allen Schaden in Anspruch nehmen zu wollen. Da Beklagter trotzdem die Waare nicht einmal besichtigen lassen, so habe er sich zunächst an den hiesigen Vertreter derjenigen Assecuranz-Compagnie, bei welcher die Schleifsteine versichert waren, gewendet. Dieser habe laut Scheins (Anl. 2) allerdings den beschädigten Zustand der Waare bestätigt, jedoch erklärt, daß er für den Schaden nicht aufkommen könne, da ein Havariefall nicht nachgewiesen sei. Er mache deßhalb seinen Schadensanspruch nunmehr direct gegen die beklagtische Gesellschaft geltend und beantrage, dieselbe zum Ersatz des durch Sachverständige festzustellenden Werthes, welchen die beschädigte Partie in unbeschädigtem Zustande gehabt haben würde, abzüglich der ihr zukommenden Fracht, zu verurtheilen.

Der Beklagte wendet ein: Die vorliegende Klage stütze sich auf den Frachtcontract und auf den Grundsatz, daß der Frachtführer für Ablieferung der empfangenen Waare in unbeschädigtem Zustande hafte. Dieser Grundsatz komme jedoch nur dann zur Anwendung wenn der Empfänger entweder die beschädigte Waar, zu empfangen verweigere, oder sie doch nur untere Protest empfange. Im vorliegenden Falle sei keins von Beidem geschehen, die Klage also von vornherein unbegründet; denn Kläger habe keineswegs bei Empfang der Waare protestirt, sondern, nachdem die Waare am 23. Mai schon angekommen, erst am 5. Juni monirt.— Es werde ferner in Abrede gestellt, daß überall eine Beschädigung vorliege; seien die Steine naß geworden, so sei das ja ihr Beruf und könne keine Werthverrin-

gerung verursachen. — Sodann würde, auch wenn eine Beschädigung wirklich vorläge, die Gesellschaft dafür doch nicht haften, und zwar zunächst deßhalb, weil der Frachtbrief (Anl. 1) „ohne Verbindlichkeit“ gezeichnet sei. Dadurch werde der Steuermann frei von jeder Verantwortlichkeit für schlechte Beschaffenheit der Waare, falls er dieselbe nicht verschuldet habe; ein Verschulden liege hier aber nicht vor und sei vom Gegner nicht einmal behauptet worden. Außerdem habe die Gesellschaft auch nach dem Tarif (Anl. A), auf Grund dessen contrahirt sei, für die Beschaffenheit der Waare nicht aufzukommen. In diesem Tarif heiße es ausdrücklich: „Für andere Güter, sowie bei Verladungen ab Harburg, Dresden und hier (Magdeburg), findet unter „den bestehenden Sicherheitsmaßregeln und dem fortwährenden resp. Plombage-Verschluß der Schleppkähne, keine Verhaftung für Gewicht oder Beschaffenheit statt. Ueberwiesene Vernachlässigungen beim Ein- „und Ausladen der Güter fallen uns jedoch zur Last.“ Auch die Schleifsteine des Klägers seien von Magdeburg unter Zollverschluß hierher gebracht, eine Vernachlässigung jenseits gar nicht behauptet worden. — Eventuell werde behauptet, daß die Steine der beklagtischen Gesellschaft nicht anders übergeben worden, als sie hier abgeliefert seien. Kläger werde deßhalb jedenfalls mit seiner Klage abzuweisen und in die Kosten, sowie in die unbestrittenermaßen geschuldete Fracht von 3 ℛ 22 Sgr. 3 ₰ zu verurtheilen sein.

Der Kläger entgegnet: Die Steine seien nicht am 23., sondern erst am 30. Mai hier angekommen; und er habe nicht erst am 5. Juni, sondern sofort beim Empfang dem Ewerführer gegenüber mündlich und noch an demselben Tage auch dem Beklagten gegenüber durch schriftliche Notiz protestirt. Beschädigung und Werthverringerung liege allerdings vor: die Steine seien durch die Durchnässung derartig schmutzig und von veränderter Farbe geworden, daß sie für den Kläger völlig unverkäuflich seien. Die Clausel „ohne Verbindlichkeit“ könne nicht den jenseits behaupteten Effect haben, da sie ein für allemal in den Frachtbriefen gedruckt und nicht etwa nur in diesem speciellen Falle hineingeschrieben sei. Durch den Tarif könne die Gesellschaft die ihr gesetzlich obliegende Haftpflicht nicht von sich abwälzen; darauf abzielende Bestimmungen seien als nicht geschrieben anzusehen und müsse die Gesellschaft trotz ihrer den allgemeinen, einem Frachtführer obliegenden Verbindlichkeiten nachkommen. Das habe sie hier aber nicht gethan; sie habe ihre Kähne in schmutzigem Zustande gehalten und dadurch die Durchnässung und Beschmutzung der Steine verschuldet. Die Steine seien ihr keineswegs in diesem Zustande übergeben worden; übrigens würde dies auch irrelevant sein, da es dem Empfänger, der ein selbständiges Recht habe, nicht kümmere, in welchem Zustande die Waare abgesandt worden, wenn sich nicht im Frachtbriefe — was hier nicht der Fall — eine darauf bezügliche Bemerkung finde. Schlimmstenfalls würde die Gesellschaft immer zu beweisen haben, daß sie die Steine so, wie sie dieselben abgeliefert, empfangen habe.

Der Beklagte duplicirt: Kläger erkläre jetzt selbst, daß nur die Farbe der Steine verändert sei; dafür hafte die Gesellschaft aber gewiß nicht, da in dem Frachtbriefe von einer bestimmten Farbe gar keine Rede sei. Auf die replicarische Behauptung, die Steine seien in einen schmutzigen Kahn gelegt, lasse er sich nicht ein, da Kläger aus dem Frachtcontract und nicht aus einem Versehen der beklagtischen Gesellschaft geklagt habe, mit solchem Vorbringen daher jetzt nicht mehr gehört werden könne. Eventuell bestreite er die Wahrheit dieser klägerischen Behauptung.

Erkannt:

daß Kläger schuldig sei, die unbestrittene Fracht mit 3 Thlr. 22 Sgr. 3 Pf. innerhalb 3 mal 24 Stunden s. p. exec. ad depositum irdiciale zu bringen;

und in der Sache selbst:

da die Behauptung des Klägers, daß er die fraglichen, angeblich beschädigt gelieferten Schleifsteine von dem beklagtischen Ewerführer nur unter Verwahrung entgegengenommen, auch sofort nach Ablieferung der Steine dem Beklagten von deren Beschädigung Anzeige gemacht habe, von Letzterem in Abrede gestellt worden ist;

da aber, wenn eine klägerische Anzeige rechtzeitig erfolgt ist, die auf dem Frachtbriefe gedruckten Worte „ohne Verbindlichkeit“ nicht geeignet sind, irgend welchen Einfluß auf die Beurtheilung der obschwebenden Frage zu äußern, weil sie sich er-

sichtlich nur auf die vorstehende Werthangabe und Lieferungszeit beziehen können, und weil sie, wenn das nicht der Fall sein sollte, als gänzlich unverständlich keine Beachtung finden dürften;

da somit nur die dem Frachtbriefe zum Grunde gelegten Bedingungen des Tarifs für die Entscheidung als maßgebend zu betrachten sind, diese aber ebensowenig den Beklagten von der Verpflichtung befreien können, einen den Gütern auf der Reise zugestoßenen, nicht höherer Gewalt zuzuschreibenden Schaden zu ersetzen, als Beklagter davon dadurch liberirt ist, daß im Frachtbriefe selbst über die Beschaffenheit der Güter beim Empfange nichts erwähnt ist;

da vielmehr dieser Umstand und die Bedingungen des Tarifs nur den Effect haben können, das, analog dem, was Rechtens ist bei Connossementen, welche „frei von Beschädigung" gezeichnet worden, Beklagter sich nicht zu exculpiren braucht, sondern Kläger die culpa des Frachtführers zu beweisen hat:

daß Kläger schuldig sei, innerhalb acht Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses — Beklagtem Gegenbeweis vorbehältlich — bei Verlust der Beweisführung folgende Beweise anzutreten:

1) daß er sofort bei Ablieferung der fraglichen Steine dem Ewerführer des Beklagten die Beschädigung eines Theils derselben angedient oder doch förderfamst nach solcher Ablieferung dem Beklagten von der vorgefundenen Beschädigung Anzeige gemacht habe, und

2) daß solche Beschädigung durch eine ordnungswidrige Behandlung der Waare während des Transportes oder beim Ein- oder Ausladen herbeigeführt sei.

Nach beendigtem Beweisverfahren soll sodann weiter erkannt werden wie Rechtens.

No. 87.

In Sachen Dris. Sieveking m. n. W. Frédèric & Co. gegen Capt. Joh. Asplund (cf. No. 23 der Gerichtsztg. Handelsgericht No. 42) hat die

Zweite Kammer des Handelsgerichts; Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Vogler und Mutzenbecher,

in der Audienz vom 19. September in restitutorio erkannt:

Da dem Erkenntniß contra quod sowohl darin völlig beizustimmen ist, daß das hiesige Recht in Anwendung zu bringen ist, als auch darin, daß die vom Beklagten excipiendo behaupteten Gegenansprüche sich zur Compensation nicht eigneten;

da dagegen aber bei der Entscheidung über die Frage, ob der Beklagte mit denselben zu Reconvention zugelassen werden darf, oder ad separatum verwiesen werden muß, — eine Frage, welche in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften darüber, wann das Eine oder das Andere stattfinden soll, dem richterlichen Ermessen anheimgegeben ist, — nicht unberücksichtigt bleiben darf, daß im vorliegenden Falle laut der Charteparte Hamburg der Ort ist, an welchem die contractlichen Verhältnisse der Parteien ihre schließliche Erledigung finden sollen, und daß der Beklagte bei einer Verweisung mit den ihm aus der Charteparte etwa noch zuständigen Ansprüchen ad separatum, den Intentionen der Parteien zuwider, genöthigt sein würde, falls er nicht im Stande sein sollte, durch Impetrirung eines Arrestes hieselbst ein forum zu begründen, in Cette eine Klage auf Ueberliegegeld anzustellen, bei deren Beurtheilung es voraussichtlich nur auf das ankommen wird, was in Hamburg in dieser Beziehung Rechtens ist;

da diesen Erwägungen gegenüber der Umstand, daß der erhobene Reconventionalanspruch zur Zeit der Litiscontestation noch nicht genau präcisirt werden konnte, nur eine geringe Bedeutung hat, weil eine genaue Angabe über die Größe der behaup-

teten Gegenforderung dann nicht erforderlich ist, wenn solche, wie im vorliegenden Falle, der Natur der Verhältnisse nach, nicht möglich war,

vgl. Erkenntniß des Obergerichts vom 30. December 1854 in Sachen Ullberg & Cramer c. Heinemann;

die Frage nach der Fälligkeit des auf Ueberliegegeld gerichteten Anspruches aber durante conventione ihre Erledigung gefunden hat:

daß das Erkenntniß Erster Kammer contra quod vom 30. Mai d. J., welches im Uebrigen zu bestätigen,

dahin unter Compensation der Kosten dieser Instanz zu reformiren, daß Beklagter schuldig sei, die eingeklagten Crt.-℔ 300. nebst Zinsen vom Klagetage dem m. n. Kläger gegen Bestellung einer Caution für die Wiederklage zum gleichen Belaufe innerhalb 8 Tage s. p. execut. zu bezahlen, in Entstehung solcher Caution aber in gleicher Frist und unter gleichem Präjudiz ad depositum indiciale zu bringen, quo facto Beklagter seine Ansprüche auf Ueberliegegeld in gesetzlicher Frist widerklagend geltend zu machen hat.

No. 88.

Erste Kammer. Audienz vom 18. September 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Schuldt und Abegg.

Eduard Ringel & Co. (Dr. Wolffson) gegen C. D. L. Hartmann, in früherer Firma Bichler & Hartmann in Genf (Dr. D. Hertz).

Die Kläger tragen vor: Sie hätten im Jahre 1860 eine Forderung von Bco.-℔ 25,435. auf Grund einer Conto-Courant, sowie auf Grund diverser Recambios gegen die Firma Bichler & Hartmann in Genf vor dem hiesigen Handelsgerichte geltend gemacht, indem sie auf Erlaubung des öffentlichen Verkaufes eines ihnen verpfändeten Uhrenlagers angetragen. Es sei jener Zeit eine von den Beklagten opponirte Einrede der Incompetenz verworfen worden und seien die Kläger in Entstehung beklagtischer Bezahlung liquider Bco.-℔ 25,435. zum öffentlichen Verkaufe der Uhren befugt worden. — Dieser habe indessen nur einen Netto-Ertrag von Bco.-℔ 800. ergeben und stehe ihnen somit noch ein Anspruch von Bco.-℔ 24,635. zu. — Nun sei der Beklagte, nachdem seine Firma in Genf unter außergerichtliche Administration gestellt worden, inzwischen in Hamburg Bürger geworden und sei derselbe somit der Competenz hiesiger Gerichte unterworfen, weshalb die Zahlung des obenerwähnten Betrages nunmehr von ihm hier verlangt werde.

Beklagter wendet ein: Der vom Kläger erwähnte Proceß Ringel c. Hartmann in Genf sei für die vorliegende Sache ohne alle Bedeutung, jener Proceß sei mit dem Verkaufe der in Händen der Kläger befindlich gewesenen Waaren, durch welche allein die Competenz des hiesigen Gerichts begründet gewesen, vollständig erledigt. — Der jetzt gegen ihn als Associé der Firma in Genf erhobenen Klage aber opponire er die Einrede der Incompetenz des hiesigen Gerichts. Aus dem Umstande, daß er, Hartmann, hamburger Bürger sei, folge keineswegs seine Verpflichtung, sich für seine Firma in Genf vor den hiesigen Gerichten einlassen zu müssen; es werde sich vielmehr der Kläger zunächst an die in Genf — wenn auch in Liquidation — noch bestehende Firma zu halten haben, und erst wenn er in Genf eine rechtskräftige Entscheidung gegen die dortige Firma erlangt und für ein etwaiges adjudicatum Befriedigung nicht erhalten haben sollte, würde die Rede davon sein können, den hiesigen Socius in Anspruch zu nehmen. — Für den nicht anzunehmenden Fall, daß gerichtsseitig die Einrede der Incompetenz verworfen werden sollte, bitte er um Ertheilung einer dreimonatlichen Frist für die hauptsächliche Handlung, da es sich um verwickelte Rechnungsverhältnisse handle und die Geschäftsbücher in Genf seien.

Kläger entgegnen: Es sei durch vielfache Präjudicate entschieden, daß ein hiesiger Bürger wegen Ansprüche gegen seine auswärtige Firma hier belangt werden könne, wenn nur vorgängig eine Interpellation der letzteren stattgefunden habe; eine solche habe nun aber schon in der früheren Klage selbst gelegen, wie dieselbe auch vom Gegner nicht bestritten werden könne.

Von einer nur subsidiären Haftpflicht des Beklagten und einer vorgängigen Verweisung der Sache nach Genf könne aber keineswegs die Rede sein. Ueberdies bestehe die Firma in Genf gar nicht mehr, Hartmann selbst habe seine dortigen Beziehungen aufgegeben und sich hier niedergelassen. Das eventuelle Fristgesuch sei unbegründet, da sämmtliche in Betracht kommenden Fragen bereits in der früheren Sache erörtert worden seien.

Beklagter bemerkt: Die von den Klägern berührten früheren Entscheidungen bezögen sich auf überseeische Häuser, nicht aber auf europäische. Die Firma in Genf existire allerdings noch. Uebrigens hafte der Socius auch nicht solidarisch für Ansprüche an seine Firma, so lange diese noch zahlen könne. cf. Thöl, Handelsrecht Pag. 117. L. 65. 14 D. pro socio.

Erkannt:

da darin, daß Kläger ihr Pfandrecht für ihre Forderung an Bichler & Hartmann in Genf dieser Firma gegenüber geltend machten, eine Interpellation derselben wegen des Anspruchs nicht gefunden werden kann, welchen Kläger jetzt auf Zahlung des nach erfolgtem Verkauf dieses Pfandes ungedeckt gebliebenen Theils ihrer Forderung gegen den Beklagten als Associé der genannten Firma erhoben;

da jedoch aus den von den Klägern in Bezug genommenen Acten das früher von ihnen zur Geltendmachung ihres Pfandrechts gegen die Firma des Beklagten geführten Processes sich ergiebt, daß diese Firma ihre Zahlungen eingestellt hat, auch Beklagter keineswegs behauptet hat, daß dieselbe später ihre Zahlungen wieder aufgenommen habe, unter diesen Umständen aber angenommen werden muß, daß falls eine Zahlungsaufforderung in Genf vor Erhebung der Klage erfolgt wäre, dieselbe, auch wenn Bichler & Hartmann den klägerischen Anspruch als vollkommen begründet anerkennen müßten, doch nicht zu einer sofortigen und vollständigen Befriedigung der Kläger geführt haben würde,

da demnach es auch einer solchen Interpellation vor Erhebung der jetzigen Klage nicht bedurfte, vielmehr Bekl., der nicht in Abrede stellt, daß er jetzt hierorts domicilirt ist, es sich gefallen lassen muß, daß Kläger ihre Ansprüche aus Geschäften seiner Firma vor den hiesigen Gerichten gegen ihn erheben;

da Beklagter seine Weigerung, sich auf diese Klage einzulassen, namentlich auch darauf nicht gründen kann, daß seine Firma zur Zeit noch in Genf durch einen Liquidatair vertreten sei, indem es hier nicht allein darauf ankommt, ob eine Interpellation in Genf möglich sein würde, sondern auch darauf, welchen Erfolg eine solche Interpellation gehabt hätte, und aus der Thatsache, daß jetzt noch ein Liquidatair der Firma in Genf zu finden sei, an und für sich noch nicht folgt, daß dieser Liquidatair auch die Mittel besitze, um die Gläubiger der von ihm vertretenen Firma zu zu befriedigen;

da hiernach die Einrede der Incompetenz sich als unbegründet darstellt;

da sodann — die eventuell von dem Beklagten in Anspruch genommene Frist betreffend — zwar die Angabe des Beklagten, daß er vor der Einlassung auf die Klage einer Instruction aus Genf bedürfe, keineswegs für unbegründet gehalten werden kann, andererseits es aber nicht unberücksichtigt bleiben darf, daß Beklagter in den fünf Monaten, welche mit der Insinuation der Klage verflossen, sehr wohl auf den Fall, daß ihm die hauptsächliche Verhandlung auferlegt werden sollte, Bedacht nehmen konnte und somit demselben, bei erfolgtem Widerspruche der Kläger, nur eine mäßige Frist bewilligt werden kann:

daß — unter Aussetzung der Entscheidung über die bisherigen Proceßkosten — die Einrede der Incompetenz zu verwerfen und Beklagter innerhalb vier Wochen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses s. p. contumaciae hauptsächlich zu verhandeln habe,

worauf alsdann weiter was Rechtens erkannt werden soll.

Niedergericht.

No. 24.

C. Eichholz (Dr. Wolffson) gegen J. Behncke (Dr. D. Hertz).

Der Kläger führt aus: Er habe im Juni vorigen Jahres von dem Beklagten als Eigenthümer der früheren Tonhalle einen in diesem Locale belegenen, damals noch im Bau begriffenen Laden nebst Packraum und Feuerungsgelaß für die jährliche Miethe von Bco.℔ 3000, auf die Dauer von fünf Jahren, beginnend am 1. November 1861, gemiethet. Am 1. November aber habe sich das Local in einem Zustande befunden, welcher die Benutzung desselben unmöglich machte. Er, Kläger, habe deßhalb sofort erklärt, daß er sich, unter Vorbehalt seines gesammten Schadens, von dem Miethecontract lossage. Dieser Schaden nun bestehe theils in baaren Auslagen, welche er in Folge des Abschlusses und der Auflösung des Contractes zu zahlen gehabt hätte, namentlich an Martens hier, welcher den bisher vom Kläger benutzten Laden gemiethet hatte, und dem derselbe nun nicht geliefert werden konnte, theils in dem entgangenen Gewinne, welchen er in dem für sein Geschäft sehr vortheilhaft gelegenen neuen Laden zu machen hoffen durfte, theils in dem Verlust auf eine große Parthie für das neue Local eingekaufter Waaren, welche jetzt mit Verlust realisirt werden müßten. Er tarire den Gesammtschaden salva liquidatione auf Bco℔ 10,000, den der Beklagte zu ersetzen haben werde. Eventuell werde derselbe nach Art. 10 Stat. II., 9 „eines Jahres Hauer (also Bco℔ 3000) und daneben von den übrigen Jahren das Interesse“ zu ersetzen haben.

Der Beklagte entgegnet: Die Sachlage sei die, daß am 27. October, während des Umbaues der Tonhalle, ein eiserner Träger, der aus vier Bogen bestehe, in Folge einer schlechten Gußstelle, in einem dieser Bogen einen Bruch erlitten habe. Es sei sofort von dem Baumeister eine Abstützung mit aller Vorsicht vorgenommen worden, und würde der Schade mit Leichtigkeit ausgebessert worden sein, wenn nicht der Kläger unnöthiger Weise die Sache bei der Polizeibehörde denuncirt hätte, und durch die in Folge dessen stattgehabte polizeiliche Untersuchung eine Verzögerung der Reparatur veranlaßt worden wäre. Dem Kläger stehe daher die Einrede der eigenen Schuld entgegen. Aber auch abgesehen von diesem Umstande könne er, Beklagter, nicht schadensersatzpflichtig sein, da ihm eine culpa überall nicht beigemessen werden könne, indem vielmehr das fragliche, die Verzögerung veranlassende Ereigniß als ein reiner casus anzusehen sei. Er habe sich weder in der Wahl der Personen, die den Bau auszuführen hatten, etwas zu Schulden kommen lassen, noch hätten diese selbst etwas verschuldet, indem vielmehr die Ursache des Unglücksfalles lediglich eine schlechte Gußstelle in dem gebrochenen Pfeiler war, die sich bei der größten Vorsicht nicht vermeiden lasse. Eventuell sei jedenfalls eine etwaige mora dadurch purgirt worden, daß er am 12. December 1861 den Kläger aufgefordert habe, das nun fertige Local zu empfangen (cf. Erkenntniß des Niedergerichts vom 24. April 1840 Booth c. Moses). Kläger habe sich damals noch im Besitze des früher schon von ihm innegehabten Locals befunden, er hatte dasselbe erst zum 1. Februar an Martens weiter vermiethet, und konnte und mußte er deshalb von dem damaligen Anerbieten des Beklagten noch Gebrauch machen. In pessimum eventum endlich sei der klägerische Schadensanspruch mit den Vorschriften des Statuts Art. 10, II., 9 unvereinbar.

Der Kläger replicirt: Der Beklagte könne sich dem Kläger gegenüber, dem er am 1. November ein bewohn- und benutzbares Local zu liefern hatte, nicht damit entschuldigen, daß der eiserne Träger gebrochen sei, da dieses Ereigniß nicht ein solcher Unfall gewesen sei, der durch überwältigende von menschlicher Vorsicht nicht abzuwendende Ereignisse herbeigeführt worden, und da der Beklagte nicht etwa bloß für culpa in eligendo zu haften hatte. Die angebliche Denun-

ciation bei der Polizeibehörde betreffend, so habe er sich, nachdem er den Unglücksfall erfahren, Zwecks Besichtigung des Gebäudes an den Kirchspielsherrn, Herrn Senator Petersen, gewandt, der dann in seiner Eigenschaft als Polizeiherr die polizeiliche Untersuchung veranlaßt habe. Der Grund derselben sei also nicht seine, des Klägers, Denunciation, sondern vielmehr der Zustand des Hauses gewesen. Von einer purgatio morae könne nicht die Rede sein, da Kläger eine Lieferung am 13. December nicht mehr anzunehmen brauchte, und insbesondere ein Umzug mit dem klägerischen Modewaarengeschäfte gerade zur Weihnachtszeit ganz unthunlich war. Ueberdies hatte er sich bereits mit Martens dahin verglichen, daß er, Kläger, gegen eine an Jenen zu zahlende Entschädigung von Crt℔ 1500 auch nach dem 1. Februar 1862 in seinem bisherigen Locale bleibe. Sein Recht, das Interesse zu fordern, welches er an der Erfüllung des Contractes hatte, werde durch den mehrerwähnten Artikel des Statuts nicht ausgeschlossen, da dieser vielmehr nur das Minimum bestimme, welches der Miether resp. Vermiether stets im Falle des Contractbruches fordern könne.

Erkannt:

da der Kläger 10,000 ℔ Bco. Schadensersatz fordert, weil der vom Beklagten ihm zum 1. November 1861 in der ehemaligen „Tonhalle" am Neuenwall vermiethete, nach Maßgabe eines Baurisses herzustellende Laden an diesem Tage noch im Bau begriffen und in einem völlig unbewohnbaren Zustande gewesen, so daß er nicht hat bezogen werden können;

da der Beklagte sich gegen diesen Anspruch nicht damit vertheidigen kann, daß die Verzögerung des Baues durch einen ohne sein Verschulden eingetretenen Unfall, durch den Bruch eines eisernen Trägers, herbeigeführt sei, weil es für die Begründung der Verantwortlichkeit desjenigen, der eine contractlich übernommene Leistung nicht erfüllt, des Nachweises einer ihm beizumessenden Verschuldung nicht bedarf, sondern er seiner Verantwortlichkeit nur dann enthoben ist, wenn die Erfüllung der Leistung durch ein außer ihm und seiner contractlichen Thätigkeit stehendes Ereigniß unmöglich gemacht worden; der Beklagte aber in keiner Weise behaupten kann, durch höhere Gewalt an der Erfüllung seiner übernommenen Verpflichtung verhindert zu sein, der in Rede stehende Unfall vielmehr durch menschliche Umsicht und Vorkehrungen hätte vermieden werden können;

da auch der fernere Einwand des Beklagten, daß der Kläger die Verzögerung des Baues selbst verschuldet habe, indem der Laden ohne das durch die klägerische Denunciation veranlaßte Einschreiten der Polizei-Behörde rechtzeitig fertig geworden sein würde, keine Berücksichtigung verdient, weil eine von der Behörde für begründet erachtete Denunciation keinenfalls für eine rechtswidrige Handlung gelten kann und die zur Vermeidung einer gemeinen Gefahr angeordneten baupolizeilichen Vorsichtsmaßregeln die gesetzliche Folge des beklagtischen Umbaues und der dabei vorgekommenen Senkungen waren, mithin nicht in jenen polizeilichen Maßregeln, sondern in dem Umbau und in der Art seiner Ausführung die Ursache, daß der vermiethete Laden zur bestimmten Zeit nicht bezogen werden konnte, zu finden ist;

da der Kläger, als ihm am 13. December vom Beklagten die Anzeige gemacht wurde, daß der Laden nunmehr fertig sei, zum Beziehen desselben nicht mehr verpflichtet zu erachten war, weil — abgesehen davon, daß auch damals nach der eigenen Darstellung des Beklagten der letzte Farben-Anstrich noch fehlte — Kläger ausweise der Anlage 4 schon am 12. oder 11. December durch den mit Martens geschlossenen Vergleich den bisher von ihm in Miethe gehabten und auf den 1. Februar 1862 bereits in Aftermiethe begebenen Laden wieder übernommen und sich also schon mit einem andern Local versorgt hatte, eine abermalige Abänderung der in dieser Beziehung getroffenen Maßregeln ihm aber nicht zugemuthet werden konnte;

cf. Erkenntniß des Niedergerichts vom 24. April 1840 in Sachen Booth c. Moses;

da es für das Maß der klägerischen Schadens-Ansprüche vor Allem auf die Auslegung von Stat II. 9 Art. 10 ankommt;

da hier zuerst hinsichtlich des Miethers, welcher das gemiethete Haus nicht beziehen will, bestimmt wird, daß er die stipulirte Miethe für die Contractszeit nichtsdestoweniger zu bezahlen habe, abzüglich

dessen, was dem Vermiether aus einer anderweitigen Vermiethung zufließt;

da es zwar scheinen könnte, als ob diese statutarische Bestimmung, weil das Interesse des Vermiethers an der Ausführung des Miethe-Contracts gerade in der Einnahme der stipulirten Miethe besteht, nur eine veranschaulichende Umschreibung des gemeinrechtlich zu prästirenden Interesses enthalte und mithin auch die daran geknüpfte weitere Bestimmung, daß „ebenmäßig auch der Verhäurer, so den Contract nicht halten will, verbunden sein solle," dahin zu verstehen sei, daß auch der Verhäurer dem Miether das Interesse zu prästiren habe;

da jedoch dieser Auslegung schon die Fassung des betreffenden Gesetzes in den älteren Redactionen unseres Stadtrechts aus den Jahren 1497 und 1292, aus denen dieser Artikel unseres jüngsten Stadtrechts entlehnt ist, entscheidend entgegensteht, indem diese älteren Gesetze

Stadtrecht von 1497 G. 16, von 1292 E. 29

auch in Betreff des Vermiethers, der den Miether in die vermiethete Wohnung nicht einziehen lassen will, ausdrücklich anordnen, daß er dem Miether die stipulirte Miethe zu zahlen habe, wodurch also jede Erörterung über das Interesse des Miethers ausgeschlossen wird, an diesem Princip aber in unserm jüngsten Stadtrechte durch die nur kürzere Redaction des Schlußsatzes des Art. 10 offenbar nichts hat geändert werden sollen;

da nun der Art. 10 den Satz an die Spitze stellt, daß der Miether, der das gemiethete Haus nicht beziehen will, eines halben oder ganzen Jahres Miethe zahlen soll, je nachdem der Contract, dem er sich entzieht, auf ein halbes oder ganzes Jahr geschlossen war, und demgemäß auch der — ebenmäßig verbundene — Vermiether, der den Contract nicht halten will, je nach der Dauer desselben eines halben oder ganzen Jahres Miethe zu zahlen hat;

da zwischen diesen beiden Strafandrohungen freilich die Verschiedenheit anerkannt werden muß, daß dem contractbrüchigen Miether die vom Vermiether für die fragliche Localität anderweit erzielte Miethe zu gut kommen soll, während dem Vermiether eine solche Erleichterung nicht zu Theil wird, eine Ausgleichung dieser Verschiedenheit aber darin gefunden werden kann, daß der Miether nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes auch bei längerer Contractsdauer für den Miethenausfall verantwortlich bleibt, der Vermiether dagegen nach der usuellen, sich als sachgemäß empfehlenden Interpretation des Gesetzes nie mehr als eines Jahres Miethe zu zahlen hat;

cf. Gries, Commentar I. S. 335,
Baumeister, Privatrecht I. S. 352;

da aber das Gesetz sowohl in der alten, wie in der jetzt gültigen Redaction nur von dem Fall redet, daß der Vermiether den Contract nicht halten will;

da die bestimmte Buße des vollen Miethebetrages zwar unbedenklich auch die analoge Anwendung findet, wo der Vermiether, ohne durch höhere Gewalt exculpirt zu sein, den Contract nicht erfüllen kann, jedoch wegfallen muß, sobald der Vermiether zur Contractserfüllung bereit und im Stande ist,

da demgemäß der Beklagte, der das vermiethete Local nicht rechtzeitig hat liefern können, dem Kläger zwar für die Nicht-Erfüllung des Contractes während des ersten halben Jahres, als eines vollen Miethe-Abschnittes, die gesetzliche Buße schuldet, für die spätere Zeit aber, da er jedenfalls vor dem 1. Mai 1862 zur Lieferung des Ladens bereit war, vom Kläger nicht in Anspruch genommen werden kann, weil es der eigene Wille des Klägers war, den Laden später nicht mehr zu beziehen, abseiten des Beklagten dagegen der Contractserfüllung für die spätere Zeit nichts entgegen gestanden hat:

daß der Beklagte schuldig sei, dem Kläger Bco℔ 1500, als eines halben Jahres Miethe, innerhalb acht Tagen sub poena executionis zu bezahlen, die weitergehenden klägerischen Ansprüche aber abzuweisen und die Proceßkosten zu compensiren seien.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.
Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 40. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 4. October.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Kayser c. Kölling. — Gehrckens c. Kramer. — Obergericht: Sander c. Lazarus.

Handelsgericht.

No. 89.

Zweite Kammer. Audienz vom 27. Septbr. 1862.
Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Krogmann und Tesdorpf.

Theodor Kayser (Dr. Nathan) gegen John Kölling (Dr. Schramm).

Der Kläger verlangt die Bezahlung eines von John Kölling in Dresden auf John Kölling in Dresden an die Ordre von Ernst Wagner ausgestellten und von diesem indossirten Wechsels, groß Pr. ℔ 40., welcher mit einem Accepte von John Kölling versehen ist. (Anlage 1.)

Beklagter wendet ein: Die angestellte Klage sei unzulässig, da das eingeklagte Document kein Wechsel sei. Der Art. 6 der Allgem. Deutschen W.-O. lasse nämlich einen Wechsel, in welchem der Aussteller sich selbst als den Bezogenen bezeichnet, nur unter der Voraussetzung zu, daß die Zahlung an einem andern Orte als demjenigen der Ausstellung geschehen solle, es sei also der von ihm, dem Beklagten, in Dresden, auf sich selbst in Dresden gezogene Wechsel ein werthloses Dokument. — Eventuell bemerke er, daß er diesen Wechsel dem ersten Indossanten Wagner bezahlt habe, und producire er eine Quittung desselben (Anlage A) über eine größere Zahlung, in welcher allerdings des Wechsels nicht speciell Erwähnung geschehen sei.

Kläger entgegnet: Die beklagtische Behauptung einer Bezahlung des eingeklagten Wechsels sei durchaus unwahr, Beklagter habe sich vielmehr aus seinem frühern Domicile in Dresden entfernt, ohne seine Zahlungs-Verbindlichkeiten zu erfüllen. Anlangend die beklagtische Berufung auf den Art. 6 der Wechsel-Ordnung, so sei zunächst durch die Gleichnamigkeit des Ausstellers und des Bezogenen der Anlage 1 so wenig als durch eine allerdings vorhandene Aehnlichkeit der Handschriften der Ausstellung und des Accepts die Identität dieser beiden Personen für constatirt zu erachten, der Zweifel über diese Identität werde noch dadurch bestärkt, daß es in dem Wechsel heiße „zahlen Sie laut Bericht;“ und sei bei einem derartigen Zweifel der Wechsel-Inhaber zunächst berechtigt, eine Verschiedenheit beider Personen anzunehmen und mithin von dem Beklagten auf Grund seiner eingeräumten Handschrift des Accepts Zahlung zu verlangen, indem er, Kläger, nicht einräume, daß Beklagter, wie dieser angebe, auch der Aussteller des Wechsels sei. Es komme aber auch auf diese Identität keineswegs an, da selbst, wenn der

Beklagte Aussteller und Acceptant des vorliegenden Wechsels in einer Person sei, er sich dennoch seiner Verpflichtung zur Zahlung durch Bezugnahme auf den erwähnten Artikel keineswegs entziehen könne. Der Artikel 6 nämlich handle, wie das die Ueberschrift über diesem und den vorangehenden Artikeln zeige, nur von gezogenen Wechseln, schließe er also einen Wechsel der hier vorliegenden Art aus, so könne diese Ausschließung selbstverständlich nur von den gezogenen Wechseln verstanden werden; ein gezogener Wechsel also könne die Anlage 1 bei einer Identität zwischen Aussteller und Bezogenen nicht sein. Es sei nun aber zu untersuchen, ob dieselbe — diese Identität vorausgesetzt — nicht als eigener Wechsel erscheine, und in der That weise sie in diesem Falle sämmtliche Erforderniße, welche im Art. 96 für eigene Wechsel angegeben werden, vollkommen auf. Auch dürfe man keineswegs behaupten, daß dieser allen Erforderniſſen des Art. 96 entsprechende Wechsel dadurch ungültig geworden sein könne, daß der Aussteller seine Verpflichtung aus demselben auch noch in Form eines Accepts documentirt habe; er verweise hierfür auf mehrere Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe, namentlich auch des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck (cf. Kletcke Entscheidungen in Wechselsachen 1857—59), so wie auf eine Abhandlung: „der trassirt eigene Wechsel“ von Dr. Fick (Berlin 1853). Ganz eventuell opponire er die Replik des dolus, da Beklagter das eingeklagte Dokument selbst als Wechsel begeben habe; im schlimmsten Falle aber werde dasselbe immer noch als Schuldbekenntniß wirksam erscheinen.

Erkannt:

Da abgesehen davon, ob nach der Handschrift der Anlage 1 ein Zweifel an der Identität des Ausstellers und Acceptanten derselben bestehen kann, doch die al. 2 des Art. 6 der A. D. W.-O. nicht so zu verstehen ist, daß, wenn der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnet, ohne daß die Zahlung an einem andern Orte, als dem der Ausstellung geschehen soll, überhaupt kein Wechsel vorliegt, sondern dahin, daß um einen gezogenen Wechsel (Tratte) herzustellen, der Aussteller sich nur dann als Bezogenen bezeichnen kann, sofern die Zahlung an einem andern Orte als dem der Ausstellung geschehen soll, mit andern Worten, daß ein trassirt eigener Wechsel nach den Bestimmungen der Tratten nur unter dieser Voraussetzung zu behandeln sei und also für ihn sonst nicht die Normen über Präsentation zur Annahme, über die Annahme, über den Regreß auf Sicherstellung wegen nicht erhaltener Annahme, über die Ehrenannahme und über die Wechselduplicate gelten; nicht aber, daß ein Wechsel, der alle Erforderniſſe eines eigenen Wechsels nach Art. 96 der A. D. W.-O. aufweist, um des überflüssigen Acceptes des Ausstellers willen nunmehr zu einer nullificirten Urkunde herabsinke, indem sich dies theils aus allgemeinen Grundsätzen ergiebt, zufolge deren bei Interpretationen im Zweifel der Sinn anzunehmen ist, bei welchem ein abgeschlossenes Geschäft bestehen kann;
L. 67 D. de R. J. 50. 17. — L. 80 D. d. V. O. 45. 1.
theils aus den maßgebenden Protocollen der Leipziger Conferenz P. 159, Absatz 3, wonach es sich wesentlich um die richtige Anordnung der trassirt eigenen Wechsel im System gehandelt und von der Behandlung derselben als Tratten nur solche, welche auf den Ausstellungsort selbst gezogen worden, ausgenommen sind, damit also keineswegs den letzteren die Bedeutung eigener Wechsel entzogen ist;

da endlich die Anlage A auf den vorliegenden Wechsel keinen Bezug nimmt, geschweige, daß sie vom Kläger ausgestellt wäre:

daß Beklagter die libellirten Pr. Thlr. 40.— sammt Zinsen vom Klagetage und den Kosten bei anerkannter Handschrift auf dem Wechsel sofort nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses dem Kläger zu bezahlen schuldig, auch die Sache zur Execution zu verweisen.

No. 90.

Zweite Kammer. Audienz vom 27. Septbr. 1862.
Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Krogmann und Tesdorpf.

H. M. Gehrckens, J. C. Elkenstein's Nachfolger, noie. Capt. G. von der Werff, Schiff „Alida“, (Dr. Biesterfeld) gegen F. Kramer (Dr. Lauenstein).

Der Kläger verlangt Bezahlung von Ct℔. 40. 4 ß Fracht für 10 Orhoft Wein, laut Rechnung und Connossement, Anl. 1 und 2.

Der Beklagte entgegnet: Er habe gegen die Frachtforderung an sich nichts einzuwenden, mache jedoch compensando, resp. reconveniendo einen Schadensanspruch gegen den Capitain dafür geltend, daß ihm ein Orhoft zum facturirten Werthe von Frcs. 275 leer geliefert worden sei. Nachdem der Kläger ihn aufgefordert, seine 10 Orhoft abzunehmen, und er von dem Ewerführer erfahren, daß ein Orhoft leer am Bord sei, habe er sofort ordnungsmäßige Besichtigung unter seiner Zuziehung verlangt, vom Kläger aber die Antwort erhalten, daß die Besichtigung durch die Schiffer-Alten bereits stattgefunden habe. Er habe sofort gegen dieses Verfahren protestirt und Ersatz des leeren Fasses verlangt, sei aber vom Capitain gezwungen worden, auch dies leere Faß mit zu empfangen, indem derselbe sich geweigert habe, die neun anderen allein auszuliefern. Es liege nun unberührt in seinem Keller und bitte er, den Capitain zum Ersatze des Facturawerthes von 275 Frcs. zu verurtheilen.

Der Kläger erwidert: Die Hinfälligkeit des gegnerischen Anspruches ergebe sich aus der Verklarung, dem Stauungsattest und dem Besichtigungsattest der Schiffer-Alten (Anl. 3—5). Dem Letzteren zufolge sei das Faß, welches, als man es aus der Lage nahm, ganz leer geleckt befunden wurde, nach Seemanns-Gebrauch gestauet und gelagert gewesen und habe die Leckage nicht an der Stauung gelegen. Und nach der Verklarung müsse aller Schaden den Zufällen und Begegnissen der See zugeschrieben werden. Demnach sei zunächst der Art. 9 der Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk*) überall nicht anwendbar, weil eine äußerlich erkennbare Ramponirung des Fasses gar nicht vorgelegen habe. Sodann hafte nach dem Art. 9 selbst bei eigenmächtigem Brechen der Lage der Capitain nur für den nach der Brechung sich ereignenden Defect; während hier feststehe, daß schon vor Brechung der Lage das Faß leer gelaufen gewesen. Ferner habe selbst das eigenmächtige Brechen der Lage nur die Folge, daß der Capitain sich wegen des Defects exculpiren müsse, was im vorliegenden Falle durch die Anl. 3—5 geschehen. Und endlich müsse es genügen, daß die Untersuchung der Stauung durch die Schiffer-Alten vor Brechung der Lage in Gegenwart des beklagtischen Ewerführers stattgefunden habe; denn es könne nicht verlangt werden, daß bei einer Stückgutsladung der Empfänger jedes einzelnen Colli vor Brechung der Lage zur Besichtigung derselben aufgefordert werde. Er leugne, daß man den Beklagten zur Abnahme des leeren Fasses durch Vorenthaltung der neun anderen gezwungen. Jedenfalls würde derselbe höchstens berechtigt gewesen sein, nach Maßgabe des Art. 10 der angeführten Verordnung das leere Faß für die Fracht stehen zu lassen; ein Anspruch auf Ersatz für den fehlendeu Inhalt stehe ihm keineswegs zu.

Der Beklagte duplicirt: Das Attest der Schiffer-Alten sei werthlos, da es ohne seine Zuziehung abgegeben. Die Verklarung könne den Capitain nicht exculpiren, weil die Beschädigung des Orhofts eine derartige sei, daß sie bei ordentlicher Stauung durch die gewöhnlichen Seeunfälle gar nicht erklärt werden könne. Es sei nämlich am Boden des Fasses offenbar durch äußere Gewalt der mittlere Stab verschoben und diese Verschiebung wahrscheinlich dadurch entstanden, daß der Stauer am Abgangsorte das Faß mit einem eisernen Baum unvorsichtig bearbeitet habe, um es in die Lage zu bringen. Sein Ewerführer sei übrigens bei der Besichtigung nicht zugegen gewesen.

Erkannt:

daß Beklagter den liquiden Frachtbetrag von Ct℔. 40. 4 ß gegen Kläger. Kaution für Kosten und Fortsetzung des Rechtsstreites, sowie für die Widerklage zu gleichem Belaufe innerhalb drei mal vierundzwanzig Stunden s. p. executionis zu bezahlen, in Entstehung der Kaution aber solchen Betrag ad depositum judiciale zu bringen schuldig,

und:

da eine äußerlich erkennbare Beschädigung des fraglichen Fasses vom Beklagten behauptet, auch in der Anlage 5 nur angegeben ist, daß ein Ewerführer bei dieser Besichtigung zugegen war, ferner die Verklarung und das Stauattest, Anl. 4, den Schiffer nicht ohne Weiteres exculpiren können, wohl aber ausweise der Anlage 5 das gedachte Faß Wein schon in seiner Lage von den Schiffer-Alten ganz leer geleckt befunden wurde und von

*) Dieser Artikel findet sich abgedruckt in No. 28 der Gerichts-Ztg. S. 217.

ihnen die Leckage nicht der Stauung beigemessen ist, also die etwa unterlassene Zuziehung des Beklagten oder seines Vertreters zur Besichtigung nach Inhalt der in Contrarestitutorio abgegebenen Entscheidung in Sachen Knöhr & Burchard c. Weinkauff & Hübener, 3. December 1855, eine weitere Verantwortlichkeit des Schiffers nicht constituirt, es sei denn, daß der Beklagte, wie in Sachen Müller c. Schnell & Co. am 17. Octbr. 1860 erkannt worden, die Unrichtigkeit des Befundes, wie er in Anl. 5 angegeben ist, nachweise, indem allerdings das Schifferalten-Attest den Leck in einer Kröse gefunden haben will, während der Beklagte angiebt, daß ein Brett oder Stab am Boden des Fasses verschoben oder eingestoßen worden und diese Verletzung durch Mißhandlung des Fasses bei der Stauung geschehen sei:

daß Beklagter den Beweis dieser letzten beiden Punkte zu führen und solchen Beweis, vorbehältlich klägerischen Gegenbeweises, innerhalb acht Tagen bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig.

Obergericht.

No. 35.

In Sachen August Sanders & Co. gegen Wilhelm Lazarus und Ferdinand Mieth (cf. No. 14 der „Gerichts-Zeitung,“ Handelsgericht No. 26) hat das Obergericht am 22. September erkannt:

daß das Erkenntniß a quo vom 6. Februar d. J. unter Bezugnahme auf die nachfolgenden Entscheidungsgründe, dahin respective zu bestätigen und abzuändern:

I. daß die Einrede aus der unterlassenen Anzeige, in ihrer, vom Erkenntnisse a quo nicht berührten Begründung auf den Einfluß, den die Mittheilung der Kollision wegen der rechtlichen Folgen derselben auf die Versicherung hätte ausüben können, zu verwerfen;

II. daß den Beklagten in theilweiser Berücksichtigung ihrer eventuellen zweiten Beschwerde der, unter Vorbehalt klägerischen Gegenbeweises, in einem vom Handelsgerichte anzusetzenden Termin sub poena desert. anzutretende Beweis nachzulassen:

„daß eine bei Ausrichtung der Versicherung den Versicherern gemachte Mittheilung der, in dem Briefe vom 23. Juli erwähnten, die Beschädigung der „Concordia“ bei der Kollision und die Reparatur der erlittenen Beschädigungen betreffenden Umstände, nach objectiv vernünftigem Ermessen auf den Entschluß der Assecuradeurs sich auf die Versicherung der Fracht überhaupt oder so wie geschehen einzulassen hätte von Einfluß sein können;“

III. daß die erste und zweite klägerische Beschwerde, so wie die eventuelle Beschwerde zu verwerfen;

daß aber in der ersten Alternative des den Klägern im Erkenntnisse a quo in Betreff der Arrestirung und was dem anhängig alternative auferlegten Beweises anstatt „Rhede von Conception del Uruguay“: „Außenrhede von Buenos Ayres“ und in der zweiten Alternative anstatt „in Uruguay geltendem Rechte“ zu setzen: „in Buenos Ayres geltendem Rechte“,

IV. daß die dritte klägerische Beschwerde, betreffend die Nichtanerkennung der Condemnation, zu verwerfen, und zwar so weit sie speciell den Mitversicherer Mieth angeht aus dem unten erörterten Grunde und unter Aufhebung der vom Erkenntnisse a quo aufgestellten Motivirung,

V. daß die vierte, fünfte und sechste klägerische Beschwerde, so wie dritte beklagtische Beschwerde zu verwerfen, daß aber im zweiten den Klägern auferlegten Beweise hinter „auf der Rhede von Conception del Uruguay“ hinzuzufügen: „rectius auf der Außenrhede von Buenos Ayres.“

Die Kosten der Appellations-Instanz werden compensirt.

Entscheidungsgründe.

Die unterlassene Anzeige (decisa I. und II.), die Einrede der Ungültigkeit der Versicherung wegen unterlassener Anzeige ist in doppelter Beziehung vorgeschützt worden,

1) in Beziehung auf die rechtlich möglichen Folgen der Collision mit dem Dampfschiffe „Iquique“ vom 16. Juli;

2) in Beziehung auf den Einfluß, den jene Collision auf die Tüchtigkeit des Schiffes, für welches späterhin Versicherung genommen worden, ausgeübt haben mögte;

ad 1) das Handelsgericht scheint die erste dieser Beziehungen mißverstanden zu haben, indem es supponirt, die Beklagten fechten die Versicherung deshalb als ungültig an, weil beim Abschlusse der Versicherung keine Anzeige von dem in Conception del Uruguay (rectius Buenos Ayres) angelegten Arreste gemacht worden, diese vermeintliche, in der That aber gar nicht vorgebrachte Begründung jener Einrede verwirft das Handelsgericht unter Bezugnahme darauf, daß bei Absendung des Benachrichtigungsbriefes vom 23. Juli der allererst am 22. August angelegte Arrest unmöglich habe notificirt werden können;

Die wirkliche unter No. 1 hervorgehobene Begründung jener Einrede ist im Erk. a quo unberührt geblieben, und da dieselbe zum Mitgegenstande der beklagtischen Beschwerdeführung gemacht und weiter ausgeführt worden ist, so wird dieselbe vom Ober-Gericht einer selbstständigen Prüfung zu unterziehen sein.

Es ist aber zur Begründung dieser Einrede nicht etwa die Behauptung aufgestellt worden, es sei dem Capt. der „Concordia" bei Abfassung seines Benachrichtigungsbriefes vom 23. Juli bekannt gewesen, daß gegen die „Concordia" Ansprüche aus jener Collision geltend gemacht werden, und habe er diesen Umstand im Briefe vom 23. Juli verschwiegen.

Wäre eine solche Auffassung geltend gemacht worden, so würde dieselbe allerdings insofern von Erheblichkeit gewesen sein, als es sich nicht verkennen läßt, daß die Versicherer leichtlich hätten Bedenken tragen können, auf die „Concordia" zu zeichnen, wenn ihnen angezeigt worden wäre, daß die „Concordia," die in Buenos-Ayres ihre Ladung zu completiren hatte, mit noch unerledigten Ansprüchen aus der Collision von der in Buenos Ayres befindlichen Rhederei des „Iquique" bedroht worden. Die rechtliche Würdigung einer solchen Auffassung des Thatbestandes steht hier aber nicht zur Erörterung, weil der Vorwurf, den die Beklagten in Beziehung auf die Collision in der hier fraglichen Richtung erheben, sich darauf beschränkt, daß die Collision, wie sie sich aus dem Briefe vom 23. Juli ergebe, den Versicherern nicht mitgetheilt worden, indem diese sich schon durch Erwähnung einer mitgetheilten Collision hätten veranlaßt sehen können, die Eventualität von Ansprüchen des Schiffes, mit welchem collidirt worden und eine daran zu reihende Arrestation des Schiffes und was dem anhängig, in Erwägung zu ziehen und sich auf die ihnen angetragene Versicherung nicht, oder doch nicht so wie geschehen, einzulassen.

Gegen diese Argumentation greift aber die Erwägung durch, daß eine Mittheilung des Briefes vom 23. Juli, soweit derselbe sich nur auf die rechtlichen Folgen der Collision bezog, nicht geeignet sein konnte, auf das vernünftige Ermessen der Versicherer einzuwirken. Der Schiffer erwähnte nur des von der „Concordia," nicht auch des von der „Iquique" erlittenen Schadens, er erklärte sich überzeugt, im Rechte gewesen, und deshalb nach Buenos Ayres gereiset zu sein, um seine Schadensansprüche geltend zu machen; er wolle dieselben nur ihrer Geringfügigkeit und der Möglichkeit eines ungünstigen processualischen Ausganges halber aufgegeben haben, ohne eines Compensations- und activen Gegenanspruches der Iquique im Mindesten zu erwähnen. Die Rhederei, der nur dieser Brief vorlag, durfte mithin mit vollem Rechte annehmen, daß die Mittheilung des Inhalts jenes Briefes auf den Entschluß der Assecuradeurs in der hier fraglichen Beziehung ohne allen Einfluß geblieben sein würde.

ad 2) Die Einrede der unterlassenen Anzeige stützt sich in ihrer zweiten Begründung auf die Unterlassung der Mittheilung dessen, was der Schiffer in dem Benachrichtigungsbrief vom 23. Juli über die directen Einwirkungen der Collision auf die „Concordia" berichtet. Es muß hier davon abgesehen werden, ob nicht dem H.-G., soweit eine, nicht auf specielle Sachkunde begründete Auffassung reicht, darin beizupflichten sein mögte, daß die erlittenen und beziehungsweise nicht vollständig ausgeglichenen Beschädigungen — obwohl der Schiffer wegen Erlangung von Schadensersatz für dieselben nach Buenos Ayres reisete und obwohl die Anführung der klägerischen appellat. Vernehmlassung, daß drei Tage zur Reparatur hingereicht haben, auf der unrichtigen Annahme beruhet, die „Concordia" sei erst am 19. Juli in Conception eingetroffen, während sie doch dort bereits am 19. Juni angelangt war — nicht so erheblich gewesen zu sein scheinen, daß sie nach vernünftigem Ermessen bestimmenden Einfluß auf die Beurtheilung des zu übernehmenden Risico hätten ausüben können. Den Gerichten ist eine genügende Fachkenntniß in nautischen Beziehungen nicht beizumessen und muß die Entscheidung dieser Frage deshalb von technischer Beurtheilung abhängig gemacht werden. Das Beweisthema war, wie in dem vorstehenden deciso geschehen, der event. zweiten klägerischen Beschwerde, soweit sie hier in Frage steht, entsprechend zu fassen und zwar um so mehr, weil von Beklagten nicht allein auf die Wasserstagschienen und den Jngerbaum, sondern auch auf die Pymenats-Kette und den Bart insofern Gewicht gelegt worden ist, als sie diese

Bezeichnungen für unverständlich und deshalb sachverständiger Aufklärung und Beurtheilung unterzüglich erklären. Die jüngste Angabe der Kläger, die „Concordia“ habe einen zweiten Wasserstag nebst unversehrten Schienen besessen, mußte für das Beweisverfahren unberücksichtigt bleiben, weil nach übereinstimmender Auffassung beider Sachführer nicht der wirkliche Zustand der „Concordia,“ sondern die Beschaffenheit derselben, wie sie im Briefe vom 23. Juli geschildert wird, die Grundlage für die Erwägungen der Assecuradeurs abzugeben hatten.

II. die Einrede aus Art. 59 des Allgem. Plans (decisum III.).

Dem Erkenntnisse a quo war in Betreff der Grundsätze, welche dasselbe in Beziehung auf den angelegten Arrest und die mit demselben in erkennbarem Causalverbande stehenden Consequenzen aufgestellt und zur Anwendung gebracht hat, eben wie in Betreff der den Klägern auferlegten Beweislast und Beweisfassung beizupflichten. Wenn Kläger sich rücksichtlich der Beweisführung auch darüber event. beschweren, daß nicht den Worten der ersten Beweisalternative „hätte antreten können“ hinzugefügt worden „oder angetreten hätte“ so war diese event. Beschwerde um deshalb nicht zu attendiren, weil der Schiffer verpflichtet war, die Reise anzutreten, sobald er dieselbe antreten konnte. Die Voraussetzung, daß er sie dennoch nicht angetreten hätte, würde also die Voraussetzung eines feinseitigen Verschuldens bilden und die Intention eines solchen Verschuldens hätte, selbst wenn eine Beweisführung über äußerlicherlich nicht erkennbare Intentionen Dritter überhaupt für zulässig erachtet werden könnte, um zum Beweise verstellt zu werden, präciser als geschehen aufgestellt und näher substantiirt werden müssen. Im Uebrigen sind die Kläger durch die Beweisführung des Erkenntnisses a quo für den Fall hinlänglich geschützt, daß ein früherer Abgang freilich möglich, aber wegen Wind oder Wetter unrathsam gewesen sein sollte. Eben so wenig konnte dem Antrage der Kläger beigepflichtet werden, die zweite, den Arrest betreffende Beweisalternative auf Grund der in der Appellat.-Instanz producirten als novum geltend gemachten Anl. 13 für erbracht zu erklären. Denn abgesehen von der Frage, ob ein in Buenos Ayres unter d. 8. Octbr. 1860 ausgefertigtes Actenstück, von dessen Existenz die Kläger sich leichtlich hätten unterrichten können, als ein in der Appellations-Instanz gegen ein Erkenntniß, welches auf eine im Januar 1862 gepflogene Verhandlung ergangen ist, geltend zu machendes novum zu behandeln ist, kommt hier der von den Beklagten hervorgehobene Umstand in Betracht, daß die Appellations-Instanz gegen ein Beweis-Erkenntniß nicht das processualische Stadium bildet, in welchem die, vom Standpunkte des Gerichts erster Instanz mit vollem Rechte auferlegten Beweise anzutreten und zu prüfen sind, auch dann nicht, wenn die Beweismittel zur Zeit der Verhandlung in erster Instanz ohne Verschulden des Beweispflichtigen noch nicht zur Hand waren. Eine Prüfung des materiellen Werthes der Anl. 13 seitens der Appellations-Instanz würde, wenn sie zu einer den Klägern günstigen Beurtheilung führte, die Beklagten ganz unzulässiger Weise um ihren etwanigen Gegenbeweis bringen, während den Klägern ein Nachtheil daraus nicht erwächst, daß die Bedienung der gedachten Anlage ihnen für die Beweisinstanz so weit als dienlich vorbehalten bleibt.

Die Substituirung von Buenos Ayres an die Stelle von Conception del Uruguay in beiden hier streitigen Beweis-Alternativen ergiebt sich als Selbstfolge der beiderseitigen Parition des O.-G.-Bescheides vom 27. Juni d. J.

III. Die Verbindlichkeit der Condemnation und insbesondere für den Mitbeklagten Mieth (decisum IV.).

Die Reparabilität der „Concordia“ an und für sich unterliegt den Acten gemäß keinem Zweifel. Die im vorliegende Falle evidente Unzweckmäßigkeit der Reparatur vom Standpunkte sowohl der Versicherten, als auch der Casco-Versicherer aus, sofern in Betreff dieser Letzteren, abweichend vom Erkenntnisse a quo anzunehmen sein mögte, daß ihnen durch den Verkauf des Schiffes wesentliche Ersparungen zu Gute gekommen, läßt die Frachtversicherer als solche unberührt. Für sie hätte aus der Reparatur nur etwa ein Beitrag zur Havariegrosse erwachsen können, die Höhe der Reparaturkosten und die Schwierigkeit der Geldanschaffung entbehrte des Einflusses auf ihre Stellung. Wenn also die Reparatur unter Umständen, unter welchen sie der Bestimmung des Plans gemäß hätte beschafft werden sollen, aus Gründen unterblieb, die einem ihnen fremden Interesse entsprechen, so trifft sie ein Vorwurf der verletzten Treue nicht, wenn sie sich weigern, die Fracht zu ersetzen, sofern dieselbe nur durch den Verkauf des Schiffes verloren gegangen ist. Die ernsten Bedenklichkeiten in Betreff principieller Angemessenheit der hier fraglichen Bestimmung des Plans auch in Beziehung auf Frachtversicherungen berechtigen das Obergericht nicht, von der constanten Praxis abzuweichen, welche sich in Betreff der Interpretation des § 114 des Plans und der Anwendbarkeit desselben auf Frachtversicherungen gebildet hat.

Allein die Kläger haben gegen den Mitbeklagten Mieth eine replica doli darauf zu begründen versucht, daß er zugleich Mitversicherer des Casco der „Concordia“ gewesen und in dieser seiner Eigenschaft die Condemnation derselben anerkannt und aus derselben Vortheil gezogen habe,, so daß er dieselbe auch in seiner Eigenschaft als Fracht-

versicherer nicht angreifen dürfe, oder doch den Vortheil, der ihm als Casco-Versicherer durch die von seinen Versicherten herbeigeführte Condemnation zu Theil geworden, denselben auf die Frachtversicherung zu Gute kommen lassen müsse. Wenn nun das Handelsgericht die Argumentation, mittelst welcher die Beklagten jene speciell gegen den Mitversicherer Mieth gerichtete Replik zu elidiren versucht haben, unberührt gelassen und jene Replik aus dem Grunde als unzutreffend verworfen hat, weil dem Mitbeklagten Mieth in seiner Eigenschaft als Casco-Versicherer ein Vortheil daraus, daß die Concordia nicht reparirt sondern verkauft worden, nicht erwachsen sei: so war zunächst diese handelsgerichtliche Motivirung der Verwerfung jener Einrede zu prüfen.

Es hat nun allerdings seine Richtigkeit, daß die Berechnungsweise, auf welche das Erkenntniß a quo seine Ansicht stützt, auf dem hiesigen Dispache-Comptoir im Gebrauch ist. Dennoch aber kann der handelsgerichtlichen Auffassung nicht beigepflichtet werden.

Einmal nämlich würde, selbst wenn jene Berechnungsweise zulässig und das vom Erkenntniß a quo aufgestellte Princip, demzufolge der Versicherer bei beschaffter Reparatur nicht über die versicherte Summe haftet, richtig wäre, denn doch immer eine Haft bis zu 100 pCt. Platz greifen. Da nun im vorliegenden Falle, wenn reparirt worden wäre, die Casco-Versicherung selbst nach dem handelsgerichtlichen Vordersatze, der klägerischen allem Anscheine nach richtigen Behauptung zufolge, mehr als die $^{73}/_{74}$ pCt. zu tragen gehabt haben würde, welche die auf Grundlage des erfolgten Verkaufes des Schiffes aufgemachte Dispache auswirft, so hätte das Handelsgericht ungeachtet der von ihm adoptirten Berechnungsweise auf Beweis erkennen müssen, daß der Mitbeklagte Mieth mehr und wie viel mehr als $^{73}/_{74}$ pCt. von der versicherten Summe auf die Casco-Versicherung zu entrichten gehabt haben würde, wenn die „Concordia“ reparirt worden wäre.

Zweitens aber kann die angezogene Berechnungsweise nicht als stichhaltig anerkannt werden. Sie stammt allem Anschein nach aus der dem Plane vorgängigen Zeit her, zu welcher eine Nöthigung des Versicherten unter allen Umständen zu repariren, sobald die Reparatur nicht absolut oder relativ unmöglich erschien, keineswegs in dem Umfange anerkannt wurde, wie dies seit Aufrichtung des allgemeinen Plans der Fall ist. Es ergiebt sich dies aus einer Vergleichung der

> Entscheidungsgründe zum Erk. des O.-A.-G. zur Sache Henrici c. Klünder & Neumeister, vom 30. April 1840,
>
> mit den Entscheidungsgründen zum Erk. des O.-A.-G. zur Sache Johns c. Auffm Ordt, vom 15. März 1858.

Ist der Versicherte, den Letzteren zufolge, abgesehen von allen Zweckmäßigkeitsgründen zur Reparatur gezwungen, so ist damit eine Berufung der Casco-Versicherer darauf, daß sie nur bis zur gezeichneten Summe haften, völlig unvereinbar; die Reparaturen, welche der Versicherte auf ihr im Plane ausgesprochenes Geheiß vornahm, müssen sie — abgesehen von angenommener Bereicherung des Versicherten, für welche der Abzug des Drittheils wegen Neu für Alt valedirt — vollständig, auch über die gezeichnete Summe hinaus ersetzen. Daraus folgt, daß, wenn der Versicherte durch planwidrigen Verkauf eines reparabeln Schiffes erweislich im unzweifelhaften Interesse der Casco-Versicherer gehandelt hat, diese sich auf die erweislich zu ihrem Vortheile gereichende Planwidrigkeit nicht beziehen dürfen, wie sie denn auch im vorliegenden Falle ohne Widerrede nach der auf Grund des Verkaufes aufgemachten Dispache bezahlt und nur wegen der Einrede aus dem Arreste einen Abzug von 3 bis 4 pCt. sich ausbedungen haben. Dem Casco-Versicherer Mieth ist also um so mehr von diesem zweiten Gesichtspunkte aus ein erheblicher, wenn auch in quanto noch nicht festgestellter Vortheil durch den Verkauf erwachsen.

Für die erwähnte unrichtige Berechnungsweise führt das Erkenntniß a quo an, daß die Taxe der Police nach § 11 des Plans nur für den Fall des Totalverlustes als vereinbarter Werth des versicherten Casco gelte. Allein daraus folgt keineswegs, daß bei beschaffter Reparatur ein völlig imaginairer Werth der Berechnung zum Grunde zu legen und der Versicherte als Selbstversicherer dieses künstlich construirten Werthes zu behandeln wäre. Die Fiction eines solchen eingebildeten Werthes ist um so unzulässiger, als dem Versicherten der Vortheil der ihm aus dem Neu für Alt wirklich oder vermuthlich erwachsen mag, schon einmal zur Last gebracht ist, so daß es absolut unzulässig ist, ihm das reparirte Schiff nun auch noch überdies um so viel mehr werth, als in der Policen-Taxe angenommen worden, anzurechnen, als der Betrag der Reparatur, abzüglich des Drittheils die Policen-Taxe übersteigt. Als normgebend für die Werthannahme des Casco stellt vielmehr der Plan da, wo die Policen-Taxe nicht zur Anwendung kommen soll, den Werth auf, den das Schiff beim Antritt der Reise hatte.

Konnte demnach die handelsgerichtliche Motivirung der Verwerfung der gegen Mieth gerichteten

replica doli nicht für zutreffend erachtet werden, so war auf Prüfung der beklagl. Widerlegung dieser Replik zurückzukommen. Mit Recht stützt sich nun der bekl. Sachführer darauf, daß die Versicherung des Casco und der Fracht zwei vollständig geforderte rechtliche Verhältnisse bilden, die Nichts mit einander gemein haben und deren Abwickelung deshalb in voller Unabhängigkeit des Einen von dem Andern beschafft werden müsse. Die Ersparung, welche dem Casco-Versicherer Mieth durch den Verkauf des Schiffes zu Gute gekommen, bezweckte, selbst wenn bei dem planwidrigen Verkaufe das Interesse der Casco-Versicherer mit in Erwägung gezogen sein sollte, denn doch ganz gewiß nicht das Interesse des Frachtversicherers. Der Verkauf stand mit dem Interesse des Letzteren, für den bei dieser Beschwerde unterzustellenden Fall, daß die Waare wieder verschiffbar war, in gradem Widerspruche, so daß dem Frachtversicherer Mieth, der in seiner Eigenschaft als Casco-Versicherer den ganzen Schaden, der dem Versicherten, nach der ihm günstigen Berechnung auf das Casco zu vergüten war, bezahlt hat, selbst dann nicht angesonnen werden darf, bei Abwickelung der Frachtversicherung auf jene Ersparung Rücksicht zu nehmen, wenn man den Ursprung derselben als einen, nicht blos zufällig den Casco-Versicherern zu Gute gekommenen Vortheil zu behandeln hätte.

IV. In Betreff der Verschiffbarkeit der Waare
(decisum V.)

Dem Erkenntniß des Handels-Gerichts war darin beizutreten, daß die Vertreter der Kläger unter Voraussetzung der Reparabilität der „Concordia“, von Wiederverladung der Häute nur dann unter Verantwortlichkeit der Frachtversicherer abstehen durften, wenn die Waare sich in einem Zustande befand, der eine Wiederverschiffung nach beschaffter Reparatur unthunlich machte. Da nun die „Concordia“ bereits verkauft und durch den Verkauf des Schiffes auf Wiederverladung der Waare thatsächlich verzichtet war, bevor noch der Zustand der Häute durch Sachverständige constatirt worden, so mußte der Anspruch der Kläger gegen die Frachtversicherer von dem Beweise abhängig gemacht werden, daß die Wiederverladung, auch wenn die „Concordia“ reparirt worden wäre, wegen der Beschaffenheit der Waare unthunlich gewesen sein würde. Daß die Anl. 4 zur Erbringung dieses Beweises nicht genüge, darin war dem Erk. a quo, wie wegen des keineswegs erschöpfenden Inhalts dieses Attestes, so wegen des Umstandes beizutreten, daß die Ausstellung des Attestes nach erfolgtem Schiffsverkauf nicht ohne Einfluß auf die absolute Glaubwürdigkeit desselben, soweit es dem Interesse des Schiffes entsprach, bleiben konnte. Die Unzulänglichkeit der übrigen die Wiederverschiffbarkeit der Waare betreffenden Atteste ist von dem Erk. a quo und von dem Beklagten mit Recht geltend gemacht worden. Auch in Betreff der Beweisfassung war es bei dem Erkenntniß a quo zu belassen, indem eine nähere Specialisirung dessen, was zur Erbringung des in allgemeiner Fassung auferlegten Unverschiffbarkeitsbeweises erfordert werden mögte, oder denselben gegenbeweislich elidiren könnte, nicht angemessen erscheinen konnte. Es lassen sich die einzelnen für diese Beweisführung in Frage kommenden Eventualitäten nicht im Voraus erschöpfend übersehen, werden vielmehr erst nach vollständig vorliegendem Beweis und Gegenbeweis-Material einer eingehenden Beurtheilung unterzüglich sein. Das Handels-Gericht ist ersichtlich von dem Gesichtspunct ausgegangen, daß der Schiffer sich in Betreff der Wiederverschiffung der Waare so zu verhalten hatte, wie der im Nothhafen reparirende Schiffer sich in Betreff beschädigter Waare in Abwesenheit der Ladungsinteressenten verhalten muß.

Nun haben freilich die Kläger auch noch darauf eine Beschwerde gestützt, daß ihnen nicht der Beweis nachgelassen worden, daß nach dem in Buenos Ayres geltenden Rechte der Ablader der Waare bei der voraussichtlichen Dauer der Reparatur des Schiffs berechtigt war, auch eine unbeschädigte und verschiffbare Waare ohne Frachtzahlung zu behalten und nicht wieder zu verladen. Allein diesem Antrage konnte deshalb nicht entsprochen werden, weil nicht behauptet worden, daß der Ablader dieses angebliche Recht geltend gemacht habe und weil das, was er möglicherweise gethan haben könnte, wenn er nicht durch den thatsächlichen Verzicht des Schiffers auf Wiederverladung jeder weiteren Deliberation in dieser Richtung überhoben worden wäre, nicht zum Gegenstande einer Beweisauflage geeignet ist.

Auf die dritte bekl. Beschwerde konnte, aus den vollkommenen durchgreifenden vom Erkenntniß a quo geltend gemachten Gründen nicht eingegangen werden. Es bedarf deshalb nicht erst der Bezugnahme darauf, daß die Fracht im vorliegenden Falle nach ausgeliefertem Gewichte bedungen war, wie aus dem Briefe des Schiffers vom 23. Juli erhellet, so daß um so weniger eine Vermuthung dafür streiten kann, daß nach irgend einem Rechte dennoch für eine Waare (abgesehen von der hier nicht in Frage gestellten Distance-Fracht) Fracht beansprucht werden könnte, welche durch einen Seeunfall im Abgangshafen eine Beschädigung erlitten, die deren Conservirung bis zur erfolgten Reparatur des Schiffes unmöglich machte.

Die Rectification im zweiten den Klägern auferlegten Be[illegible] war auch hier nothwendige Folge der vor den Parteien abgegebenen Erklärung.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 41. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 11. October. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Ruhle c. Frau Kleindieks. — Harmssen c. Thöle. — Oberappellationsgericht: Groß c. Soverts.

Handelsgericht.

No. 91.

Erste Kammer. Audienz vom 29. September 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht. Richter: die Herren Schuldt und Abegg.

Dr. Ruhle gegen Frau M. Kleindieks, geb. Schwing (Dr. Wex).

Der Kläger verlangt die Bezahlung eines eigenen Wechsels von Ct℔ 400, (Anl. 1) welcher von dem Ehemanne der Beklagten, J. H. Kleindieks, und von der Beklagten selbst cum curatore marito, an die Ordre von K. C. F. Krüger ausgestellt und von diesem in blanco girirt ist. In dem Wechsel haben sich beide Aussteller ausdrücklich zur solidarischen Haftung für die Wechselsumme verpflichtet.

Beklagte wendet ein: Sie rüge zunächst, daß sie ohne Hinzuziehung ihres ehelichen Curators, welcher übrigens ihr freiwillig assistiren wolle, citirt sei. Sie opponire sodann die Einrede des Concurses, da ihr Ehemann nach Ausstellung des Wechsels seine Insolvenz erklärt habe, durch solche Insolvenz-Erklärung des Mannes aber auch die Ehefrau, welche kein Separatvermögen besitze, von ihren Schulden befreit werden müsse, ohne daß es einer Insolvenz-Erklärung auch noch ihrerseits bedürfen könnte. — Eventuell wende sie ein, daß in ihrer Unterschrift des Wechsels neben derjenigen ihres Ehemannes und in der Uebernahme einer solidarischen Verbindlichkeit mit demselben, eine gesetzlich unzulässige Intercession der Frau für ihren Ehemann liege, aus welcher sie nicht in Anspruch genommen werden könne. In keinem Falle hätte die Uebernahme dieser Verbindlichkeit cum curatore marito irgend welchen Werth, da es unter allen Umständen des Beitrittes eines besonderen Curators bedurft hätte. Im schlimmsten Falle mache sie geltend, daß K. C. F. Krüger, an dessen Ordre der Wechsel ausgestellt sei, keine Valuta für denselben bezahlt habe, und würde bei hier vorliegendem Concurse eine sofortige Liquidität dieser Einrede, zu deren Beweis sie sich erbiete, nicht erforderlich sein.

Kläger entgegnet: Die Beklagte betreibe seit der Insolvenz ihres Ehemannes selbstständig das Geschäft desselben, habe daher als Handelsfrau auch personam standi in judicio, ohne Beistand eines Curators. — Cum curatore marito habe er dieselbe nicht citiren können, da er nicht wissen konnte, ob trotz erfolgter Insolvenz der Ehemann der Beklagten noch deren Curator geblieben sei. — In der Sache selbst sei es unrichtig, daß durch den Concurs des Ehemannes auch die Frau von ihren Schulden befreit würde, vielmehr hafte dieselbe für die von ihr eingegangenen Verbindlichkeiten auch nach dem Concurse ihres Ehemannes, und sei ihr etwaiges Separatvermögen alsdann das Executionsobject für die Gläubiger, indem der Concurs des Ehemannes selbstverständlich nur das Gemeingut betreffe. Ein Separatvermögen der Beklagten sei nun allerdings vorhanden, da dieselbe ihr Eingebrachtes aus der Masse ihres Ehemannes vindicirt habe; indessen komme es auf das Vorhandensein eines Separatver-

mögens als Executionsobjectes für die jedenfalls auszusprechende Verhaftung der Beklagten jetzt noch gar nicht an: Eine Intercession der Beklagten für ihren Ehemann liege der Ausstellung des Wechsels keineswegs zu Grunde, unter keinerlei Umständen aber gehe eine solche aus dem Wechsel selbst hervor und sei gewiß dem jetzigen Kläger gegenüber nicht geltend zu machen. — Der Beitritt des ehelichen Curators der Beklagten bei Uebernahme der vorliegenden Verbindlichkeit sei jedenfalls genügend, indem es der Bestellung eines besonderen Curators nur dann bedürfe, wenn die Ehefrau sich ihrem Ehemann gegenüber obligire, nicht aber, wenn sie neben diesem sich Dritten gegenüber verbindlich mache. — Die Einrede der nicht bezahlten Valuta sei unbegründet, ihm gegenüber keinenfalls zu attendiren und gänzlich illiquide, auch könne sich die Beklagte für die Illiquidität ihrer Einrede selbstverständlich so wenig auf den Concurs ihres Ehemannes berufen, als — wie oben gezeigt — für die Aufhebung ihrer Verbindlichkeit selbst.

Beklagte bemerkt: Es sei unwahr, daß sie aus der Masse ihres Ehemannes irgend etwas erhalten habe oder erhalten werde, vielmehr sei diese Masse eine völlig leere. Jedenfalls hätte, da eine Verpflichtung der Beklagten im schlimmsten Falle nur unter der Voraussetzung eines vorhandenen Sondergutes zu construiren sein könnte, eine derartige Behauptung schon in der Klage selbst aufgestellt werden müssen.

Erkannt:

Da wenn auch in Folge der Vorschrift des Art. 28. der N. F. O. ein Ehemann durch sein Falliffement in der Regel die Fähigkeit verliert, seine Ehefrau zu vertreten, also ohne deren Hinzuziehung für dieselbe, uxorio nomine zu handeln, doch hieraus nicht folgt, daß ein Ehemann nach seinem Falliffement auch nicht mehr als gesetzlicher Curator seiner Frau fungiren und durch seinen Beitritt die Handlungsunfähigkeit seiner Frau ergänzen könne;

da hiernach die Erklärung des für die Beklagte auftretenden Dr. Wer, daß er von der Beklagten cum curatore marito zu deren Vertretung bevollmächtigt sei, ungeachtet des Umstandes, daß der Ehemann der Beklagten sich insolvent erklärt hat, für genügend erachtet werden muß, um gerichtsseitig die legitima persona standi in judicio auf Seiten der Frau als vorhanden anzunehmen, ohne daß es einer Untersuchung darüber bedürfte, ob die Behauptung des Klägers begründet ist, nach welcher die Beklagte jetzt, nach erfolgtem Falliffement ihres Mannes selbstständig ein Geschäft betreibe und in Folge hiervon als Handelsfrau anzusehen sei;

da sodann — in der Sache selbst — von den Einreden, welche Beklagte der gegen sie erhobenen Klage opponirt, diejenige, daß K. C. F. Krüger, an dessen Ordre der eingeklagte Wechsel ausgestellt worden ist, die versprochene Gegenleistung schuldig geblieben sei, selbst wenn sie gehörig substantiirt und liquide wäre, doch dem jetzigen Kläger gegenüber nicht geltend gemacht werden könnte;

da ferner auch die Auffassung der Beklagten, daß sie durch das Falliffement ihres Mannes von ihrer Verpflichtung aus dem Wechsel befreit sei, nicht für richtig gehalten werden kann, vielmehr nach hiesigem Recht davon auszugehen ist, daß eine Ehefrau für die von ihr persönlich übernommenen Verbindlichkeiten ungeachtet des Falliffements ihres Mannes verhaftet bleibt, wie dieses in einem dem vorliegenden ähnlichen Fall, nämlich in S. Wilson c. Schmalfuß,

S. Gries Commentar Bd. 2. S. 62 u. ff.

in den Jahren 1835/36 von den hiesigen Gerichten ausgesprochen worden ist und auch von Baumeister in dessen Privatrecht (Bd. 2 S. 91 u. ff.) angenommen wird,

da auch die Angabe der Beklagten, daß das von ihr gegen die Fallitmasse ihres Mannes geltend gemachte Vindicationsrecht bisher ohne Erfolg geblieben sei und muthmaßlich auch später erfolglos bleiben werde, gänzlich irrelevant erscheint, und zwar deshalb, weil, wenn die Beklagte durch die Insolvenzerklärung ihres Mannes nicht von ihren persönlichen Schulden befreit wird, auch ihre Gläubiger auf den Nachweis, daß sie kein Vermögen besitze, sich nicht einzulassen brauchen, denselben vielmehr unbenommen bleiben muß, sich derjenigen Mittel gegen die Beklagte zu bedienen, welche das Gesetz jedem Gläubiger einräumt, um sich Zahlung von seinem Schuldner zu verschaffen, die Geltendmachung dieses Rechts auch dem Kläger im vorliegenden Fall um so weniger verwehrt werden könnte, als die Beklagte, auch wenn sie bisher aus der Fallitmasse ihres Mannes nichts erhalten haben sollte, doch durch Erbschaft oder in irgend einer andern Weise nach dem Falliffement ihres Mannes Vermögen erworben haben könnte;

da jedoch — die Einrede der Beklagten betreffend: daß ihre Mitunterschrift unter dem Wechsel eine Intercession enthalte, welche nach gesetzlicher Vorschrift ungültig sei — die Ansicht nicht für richtig gehalten werden kann, nach welcher die gemeinrechtlichen Vorschriften über die Ungültigkeit der von einer Frau geleisteten Intercession auf Wechselverpflichtungen nicht anwendbar seien, wie denn auch in der schon erwähnten S. Wilson c. Schmalfuß

S. Gries Commentar Bd. 1. S. 299.

und, wie es scheint, auch in der Entscheidung des O. A. G. in S. Steinmetz c. Ahrens Wwe. v. J. 1821.

S. Jurisprudenz der O. A. G. in Wechselsachen S. 285 u. ff.

von einer entgegengesetzten Ansicht ausgegangen ist;

da insbesondere für den hier zur Entscheidung stehenden Fall es in Betracht kommen muß, daß nach der Authentica „Si qua mulier“ nicht nur dann, wenn eine Frau sich als Bürgin ihres Mannes mitunterzeichnet, sondern auch dann, wenn sie als Selbstschuldnerin gemeinschaftlich mit ihrem Manne eine Schuld übernimmt, die Mitunterschrift der Frau als eine ungültige Intercession betrachtet werden soll,

Vgl. die Entscheidungen in Seuffert's Archiv Bd. 7 N. 179 und 180, Bd. 12 N. 272, Bd. 13 N. 143.

aus der Natur des Wechsels sich aber ein Grund nicht ableiten läßt, weshalb diese Bestimmung nicht ebensowohl auf Wechsel, wie auf andere Schulddocumente angewendet werden sollte;

da namentlich auch es unbedenklich erscheinen muß, die Berufung auf diese Gesetzesvorschrift gegen jeden Wechselinhaber und auch jedesmal im Wechselverfahren zuzulassen, indem in Folge dieser Vorschrift es nicht eines Zurückgehens auf das der Ausstellung des Wechsels zu Grunde liegende Geschäft bedarf, um die Ungültigkeit der Unterschrift der Frau nachzuweisen, vielmehr diese Ungültigkeit ohne Weiteres aus dem Wechsel selbst sich ergiebt, und somit jedem Inhaber des Wechsels bei dem Erwerb desselben zur Kunde gekommen, und in allen Fällen liquide ist;

da nun freilich nach der Bestimmung des angeführten Gesetzes die Ungültigkeit der Mitunterschrift der Frau dann wegfallen soll, wenn der Gläubiger beweist, daß das von ihm gegen die Ausstellung des Schulddocumentes gezahlte Geld in propriam ipsius mulieris utilitatem verwendet sei, da jedoch eine derartige Behauptung, also eine Behauptung, nach welcher für die Ausstellung des Wechsels Geld bezahlt sei, welches der Frau besonders zu Gute gekommen, nicht etwa nur in das gemeinschaftliche Vermögen beider Ehegatten geflossen ist,

Vgl. Baumeister Bd. 1 S. 390.

von dem Kläger nicht aufgestellt worden ist;

da Kläger ferner auch nicht etwa behauptet hat daß Beklagte schon zur Zeit der Ausstellung des Wechsels Handelsfrau gewesen sei, und somit auch der Grundsatz, daß Handelsfrauen hinsichtlich der von ihnen in Folge ihres Geschäftsbetriebes übernommenen Intercessionen auf die hier in Rede stehenden gesetzlichen Vorschriften sich nicht berufen können, hier keine Anwendung findet:

daß Kläger mit der von ihm erhobenen Wechselklage unter Verurtheilung in die Proceßkosten abzuweisen.

No. 92.

Erste Kammer. Audienz vom 6. October 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; **Richter:** die Herren Schuldt und Abegg.

J. C. E. Harmsen (Dr. Malm) gegen Eduard Thoele (Dr. Lazarus.)

Der Kläger führt aus: Durch einen vom 10. December 1861 datirten Brief (Anl. 1) hätten Salomon Lowositz Söhne in Prag ihm eine von ihrem früheren hiesigen Agenten F. E. Basson dem Beklagten in Versatz gegebene Partie Leinen zur Disposition gestellt. Er habe diesen Brief am 8. Januar d. J. dem Beklagten zur Kenntnißnahme präsentirt, und habe derselbe damals unter Annahme der Anzeige erklärt, daß auf der Waare an Capitalvorschuß, Zinsen und Spesen ein Betrag von 765 Thlr. hafte. Als er nun aber am 26. Februar die Auslieferung der Leinen gegen Zahlung dieses Betrages verlangt habe, sei ihm von dem Beklagten die Erklärung geworden, daß die Waare bis auf etwa vier Stück in Auction verkauft und bereits Abrechnung darüber an Lowositz Söhne in Prag geschickt sei. Ein solches Verfahren abseiten des Beklagten sei durchaus rechtswidrig; und da die Waare ausweise Anl. 2 einen Facturawerth von ℛ︀ 1512. 15 gehabt, die Auction aber nach Angabe des Beklagten nur Bco℔ 1592. 15 ergeben habe, so bitte er, dem Beklagten die sofortige Auslieferung der gedachten Waaren, gegen Empfangnahme von ℛ︀ 765, unter dem Präjudiz der Bezahlung ihres ℛ︀ 1512. 15. betragenden Werthes aufzuerlegen.

Der Beklagte wendet ein: Er habe dem Basson zu verschiedenen Zeiten Vorschüsse auf Unterpfand gegeben unter der ausdrücklichen Bedingung, daß, falls die verpfändete Waare nicht innerhalb dreier Monate eingelöst werden würde, er berechtigt sein solle, sie zu seiner Deckung bestmöglichst zu verkaufen. Diese Vorschüsse seien gemacht worden am 29. Mai, 20. Juli, 31. Juli, 6. August und 15. August 1861 mit resp. Bco℔ 399. 5, 699. 6, 180., 550. 7 und 110. Am 30. August habe Basson mit seiner Genehmigung alles Recht an den versetzten Waaren durch einen Schein (Anl. A) auf Lowositz Söhne übertragen, welche auch vollständig in die Pflichten desselben hätten eintreten wollen. Er sei von ihnen nun zunächst ersucht worden, den sofortigen Verkauf der Waaren in Auction zu versuchen und seien ihm zu diesem Behufe die Preise in Anl. B—F limitirt worden. Er habe zu diesen Limiten jedoch nur ein kleines Quantum mit einem Nettoprovenü von Bco℔ 480. 13. verkaufen können, wodurch seine ursprüngliche Forderung auf Bco℔ 1458. 5. gesunken sei. Er habe sich dann bereit erklärt, die Pöste noch auf fernere drei Monate zu prolongiren, wenn ihm Zinsen und Spesen sofort bezahlt würden; Letzteres sei aber nicht geschehen und sei daher die ursprüngliche Convention allein für ihn maßgebend geblieben. Im Januar habe ihm dann allerdings der

Kläger einen Schein übergeben, wonach Lowositz Söhne ihre Rechte an der Waare dem Kläger übertragen wollten; ob dieser Schein die Anl. 1 gewesen, wisse er nicht. Kläger habe darauf die Waare besehen und, um sich von der Verkäuflichkeit derselben überzeugen zu können, vier Probestücke davon mitgenommen; einige Tage später habe derselbe aber nicht nur diese Stücke zurückgeschickt, sondern auch den ihm von Lowositz Söhne ertheilten Dispositionsschein zurückverlangt und erhalten. Nachdem Kläger so stillschweigend erklärt, mit der Sache nichts mehr zu thun haben zu wollen, habe er (Beklagter) endlich die Auction über den Posten vom 20. Juli auf den 22. Januar, und die über die Pöste vom 31. Juli und 6. August auf den 12. Februar angesetzt. Das Resultat dieser beiden Verkäufe sei ein Nettoprovenü von Bco℔ 1592. 15. gewesen; und da seine Forderung nur Bco℔ 1588. 13. betragen, sei somit ein Ueberschuß von Bco℔ 4. 2. zu Gunsten von Lowositz Söhne vorhanden. Diesen Ueberschuß so wie die am 15. August von Basson versetzten Waaren sei er gern bereit, dem Kläger, nachdem derselbe sich ordnungsmäßig zur Empfangnahme legitimirt, zu übergeben: mehr könne derselbe aber nicht verlangen. Es bestehe zunächst gar kein obligatorischer Nexus zwischen ihm und dem Kläger; überdies stehe gar nicht fest, in welcher Eigenschaft der Letztere eigentlich auftrete, ob als Cessionar oder Mandatar von Lowositz Söhne oder als Pfandgläubiger u. s. w.: es leide die Klage somit an Dunkelheit. Ferner stehe dem Kläger entgegen, daß er durch die Zurückforderung des Dispositionsscheines den Beklagten offenbar in die Meinung versetzt habe, er wolle mit der Waare nichts mehr zu thun haben. Außerdem sei er (Beklagter) völlig berechtigt gewesen, die nicht eingelöste Waare wie geschehen zu verkaufen; selbst wenn man zu Gunsten von Lowositz annehme, daß die Verfallzeit erst nach sechs Monaten vom Tage der Hingabe des Pfandes an eintreten sollte. Eventuell leugne er, daß dem Kläger durch den geschehenen Verkauf der Waare überhaupt ein Nachtheil entstanden sei. Nur in pessimum eventum wolle er noch die Einrede der Pluspetition opponiren, da die vom Kläger aufgestellten Preise durchgängig übersetzt seien. —

Der Kläger replicirt: Er müsse es dahingestellt sein lassen, ob Lowositz Söhne dem Beklagten gegenüber alle Pflichten des Basson übernommen haben oder nicht; nach einem Schreiben des Beklagten vom 12. September 1861 (Anlage 3) scheine das nicht der Fall zu sein. Jedenfalls aber sei zwischen Lowositz Söhnen und dem Beklagten eine Prolongation der Verfalltage für die letzten vier Vorschüsse auf drei Monate ohne jede Bedingung verabredet worden. Den Dispositionsschein habe er vom Beklagten zurückgefordert, um sich legitimiren zu können. — Der Beklagte habe jedenfalls nicht ohne weiteres in Auction verkaufen dürfen; er hätte den Verkauf zuförderst anderweitig versuchen müssen, da er nur befugt gewesen, bestmöglich zu verkaufen. Er habe sodann nicht ohne vorherige Anzeige verkaufen dürfen; und endlich habe dem Verkaufe die Prolongation entgegengestanden. Die Einrede des fehlenden nexus obligatorius werde durch die Anlage 1 widerlegt, da diese ihn (Kläger) vollständig zur Verfügung über die Waare legitimire. In welcher Eigenschaft er klage, sei für den Beklagten ganz gleichgültig. Der ihm durch den Verkauf erwachsene Nachtheil sei eben der volle Facturawerth der Waare; von einer Uebersetzung seinerseits könne keine Rede sein.

Am 18. Sept. d. J. erging folgender Zwischenbescheid:

da die drei Monate, für welche nach der vom Kläger aufgestellten Behauptung die vier letzten von dem Beklagten dem Basson geleisteten Vorschüsse in Folge einer Vereinbarung zwischen Lowositz Söhne und dem Beklagten prolongirt sein sollen, nach einer Stelle der Repliken v. 17. November v. J. an zu rechnen sind, während eine andere Stelle der Repliken nur dahin verstanden werden kann, daß die drei Monate von den ursprünglichen Verfalltagen dieser Vorschüsse zu laufen begonnen hätten:

daß — beiden Parteien im Uebrigen alle Gerechtsame vorbehältlich — Kläger vorgängig in nächster Audienz und zwar unter dem Präjudiz, daß er mit seiner Behauptung, nach welcher eine Prolongation dieser vier Vorschüsse stattgefunden habe, nicht weiter werde gehört werden, sich bestimmt darüber zu erklären habe, für welche Zeit diese Prolongation zwischen dem Beklagten und Lowositz Söhne verabredet sei,

worauf dann weiter in der Sache erkannt werden soll.

Der Kläger gab die ihm injungirte Erklärung dahin ab, daß die drei Monate, für welche die Prolongation erfolgt sei, von den ursprünglichen Verfalltagen der Vorschüsse an gerechnet werden sollten; und wurde darauf am 6. October erkannt:

Da Kläger auf Grund des von ihm als Anlage 1 beigebrachten Schreibens — dessen Aechtheit Beklagter nicht bestreitet — als genügend legitimirt angesehen werden muß, um als Cessionar von Salomon Lowositz Söhne in Prag den in der Klage erhobenen Anspruch gegen den Beklagten geltend zu machen;

da ferner dem Umstand, daß Kläger, nachdem derselbe im December v. J. dieses Schreiben dem Beklagten zugestellt hatte, dasselbe kurze Zeit darauf sich von dem Beklagten wieder zurückgeben ließ, jedenfalls nur die Bedeutung zugeschoben werden könnte, daß die in der Uebergabe dieses Schreibens liegende Notification der dem Kläger ertheilten Cession als widerrufen zu betrachten wäre und demnach Beklagter nicht nur diejenigen Einreden, welche ihm aus der Zeit vor der Zustellung

des Schreibens an ihn gegen die Cedenten zustehen, sondern auch solche Einreden, welche er später gegen die Cedenten erworben haben möchte, gegen den Kläger geltend machen könnte;

da nun aber hier Einreden, welche Beklagter erst nach der Zustellung der Anl. 1 erworben hat, gar nicht in Frage stehen, und somit es auch einer Entscheidung darüber nicht bedarf, ob der Rückforderung dieses Briefes die angegebene Bedeutung wirklich beizulegen ist;

da vielmehr es hier nur darauf ankommt, ob Beklagter den Grs. Lowositz Söhne gegenüber berechtigt war, die von Basson ihm in Pfand gegebenen Waaren überhaupt und so wie geschehen zu verkaufen;

da nun die Behauptung des Klägers, daß Beklagter, nachdem derselbe für den ersten der fünf dem Basson gegebenen Vorschüsse durch den Verkauf eines Theiles der verpfändeten Waaren befriedigt war, den Grs. Lowositz Söhne, auf welche Basson seine Rechte übertragen hatte, für die übrigen vier Vorschüsse eine dreimonatliche Frist bewilligt habe — nach Inhalt der vom Kläger in Folge des Bescheides vom 18. v. Mts. abgegebenen Erklärung nicht weiter in Betracht kommt, indem Kläger nicht bestritten hat, daß die Tage, an denen Beklagter die Vorschüsse ursprünglich auf drei Monate leistete und eben so auch die Tage, an denen Beklagter zum Verkauf der Waaren schritt, richtig in den Exceptionen angegeben sind, die Zeit, welche zwischen jenen und diesen Tagen liegt, aber mehr als sechs Monate beträgt, so daß Beklagter immer erst nach Ablauf der Prolongationsfristen, so wie dieselben jetzt vom Kläger selbst berechnet werden, zum Verkauf geschritten sein würde;

da sodann hinsichtlich der Fragen, ob der Verkauf in Auction geschehen, und ob Beklagter zu demselben ohne vorherige Anzeige an Lowositz Söhne schreiten durfte, Kläger — wie wohl Beklagter es unterlassen hat, die doch vermuthlich ihm schriftlich von Basson ertheilte Ermächtigung beizubringen — einräumt, daß Basson, als derselbe die einzelnen Waarenposte dem Beklagten verpfändete, diesen Letzteren ermächtigt habe, die Waaren bestmöglichst zu verkaufen, wenn an den festgesetzten Verfalltagen Kapital, Zinsen und Kosten nicht bezahlt werden sollten;

da nun in dieser Ermächtigung offenbar nicht eine Beschränkung, sondern eine Erweiterung der dem Beklagten zuständigen Rechte liegen sollte und somit daraus, daß dem Beklagten verstattet ward, bestmöglichst zu verkaufen, zwar eine Dispensation des Beklagten von der gesetzlich ihm obliegenden Verpflichtung, in Auction zu verkaufen, nicht aber ein Verzicht des Beklagten auf das gesetzlich ihm zustehende Recht, in Auction zu verkaufen, ohne zuvor den Verkauf unter der Hand zu versuchen, gefunden werden muß, und demnach das Verlangen des Klägers, daß Beklagter, bevor er die Auction ansetzte, einen Verkauf unter der Hand hätte versuchen müssen, sich als unbegründet darstellt,

da ferner die Ermächtigung des Beklagten, zum Verkauf zu schreiten, wenn an den festgesetzten Verfalltagen die Zahlung nicht geleistet werden sollte, nicht etwa nur als eine Bestätigung des gesetzlich dem Pfandgläubiger zuständigen Rechts aufgestellt werden kann, vielmehr dieser Ermächtigung — weil eine Bestätigung des gesetzlichen Rechts überflüssig sein würde — die Bedeutung beigelegt werden muß, daß Basson den Verkauf von keiner weiteren Bedingung, als der, daß an den Verfalltagen nicht gezahlt sei, abhängig machen, und somit den Beklagten sowohl von der Verpflichtung, die Verkaufserlaubniß bei den Gerichten nachzusuchen, befreien wollte, als auch von der Verpflichtung, ihm vor dem Verkaufe eine Aufforderung zur Einlösung der Waaren zugehen zu lassen, — wie denn auch von den meisten Rechtslehrern

vgl. Mühlenbruch, Pandectenrecht 4. Aufl. Bd. 2. S. 318

diese Bedeutung einer Verabredung, wie der hier in Rede stehenden, begelegt wird,

da nun auch in den klägerischen Ausführungen eine bestimmte Behauptung, nach welcher Beklagter Lowositz Söhnen gegenüber auf die ihm von Basson hinsichtlich des Verkaufs eingeräumten Rechte ganz oder theilweise verzichtet habe, nicht gefunden werden kann, und namentlich auch aus dem Schreiben des Beklagten vom 12. September 1861 (Anl. 3 zu den Repliken) sich nicht ergiebt;

da hiernach der jetzt von dem Kläger erhobene Anspruch, daß ihm gegen Zahlung der vom Beklagten geleisteten Vorschüsse u. w. d. a. die Waaren ausgeliefert oder der Facturawerth derselben ersetzt werde, für unbegründet gehalten werden muß und dem Kläger nur noch das Recht eingeräumt werden kann, Abrechnung über den geschehenen Verkauf und Auskehrung des Ueberschusses zu verlangen:

daß Kläger mit der von ihm erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Proceßkosten angebrachtermaßen abzuweisen.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 21.

J. F. Groß (Dr. Wolffson) gegen H. D. Goverts & Sohn in Vollmacht der zehnten Assecuranz-Compagnie von 1850 und W. von Bergen in Vollmacht der Assecuranz-Compagnie von 1854 (Dr. Sieveking).

Kläger verlangt von den Beklagten die Bezahlung von resp. Bco℔ 355 und Bco℔ 1242. 1 ß, als Beitrag, den die laut Police (Anl. 2) bei den beklag-

tischen Gesellschaften für die Reise von Hamburg nach Bombay versicherten klägerischen Waaren, laut einer in Bombay aufgemachten Dispache (Anl. 3), zur Havarie-grosse auf der versicherten Reise haben zahlen müssen.

Die Beklagten entgegnen: Die Dispache, auf Grund deren geklagt werde, entspreche weder den materiellen noch den formellen Voraussetzungen einer solchen. In materieller Beziehung nicht, weil sie eine Reihe von Posten — namentlich die gesammten Reparaturkosten des Schiffes im Nothhafen — in Havariegrosse bringe, die anerkanntermaßer reine Havarie-particuliere des Schiffes oder der Ladung seien. In formeller Hinsicht sei zunächst zu bemerken, daß die Dispache in Bombay aufgemacht sei von den Vertretern des Rheders und Inhabern des Bodmereibriefes, Bates & Co., also einer in doppelter Beziehung interessirten Person, welcher die Ladungsinteressen die Aufmachung überlassen hätten. Es sei bereits früher von einem der Ladungsinteressenten, Feidel & Co., auf Grund einer gleichfalls von Bates & Co. aufgemachten Dispache gegen Goverts & Sohn geklagt worden. Die Klage sei aber damals abgewiesen worden, weil die Dispache als eine den Assecuradeuren gegenüber maßgebende nicht erachtet werden konnte, indem es in derselben an einer Begründung fehlte, wieso die fraglichen in Havariegrosse vergüteten Schäden aus einer zur Rettung von Schiff und Gut aus gemeinsamer Gefahr vorgenommenen Handlung erwachsen seien, und indem ferner nicht erhellte, daß Bates & Co. solche Autoritäten seien, wie sie der § 86 und 87 des Allgemeinen Plans für die Aufmachung von Dispachen vorschreibe, dieselben vielmehr, weil betheiligt, als gänzlich verwerflich erschienen. Die jetzt vorgelegte Dispache nun aber entspreche den in Sachen Feidel & Co. c. Goverts & Sohn ausgesprochenen Erfordernissen nicht besser, als die frühere. Die nach § 86 und 87 des Allgem. Plans vorgeschriebene Eigenschaft als „durch Gesetz und Usanz autorisirte Personen“ sei für Bates & Co. auch jetzt nicht nachgewiesen. Zwar sei für die desfallsige Qualification derselben ein Attest beigebracht, dasselbe besage aber nur, daß es üblich sei, expert merchants die Dispachirung zu übertragen und daß die Dispachirung die Betheiligten wegen ihres Consenses binde. Beides aber sei dem Assecuradeur gegenüber nicht entscheidend, indem dieser eine Dispachirung durch solche Personen verlangen könnte, die den oben genannten Erfordernissen des § 86 und 87 des Plans entsprächen, und indem namentlich eine solche niemals durch einen Betheiligten geschehen dürfe. Der Usance zufolge seien die Bombay-Dispachirungen in London aufzumachen, da in Bombay eine dazu autorisirte Person nicht existire. Der Kläger würde daher eine in London, eventuell aber eine hier aufgemachte Dispache beizubringen haben.

Der Kläger replicirt: Die jetzt vorgelegte Dispache unterscheide sich sehr wohl von der früher in Sachen Feidel & Co. c. Goverts & Sohn producirten. Sie gebe sich ihrer Form und ihrem Inhalte nach als eine Dispache, indem sie Geschichtserzählung, Theilung der verschiedenen Schäden, nebst einer Motivirung für deren Classification enthalte. Allerdings sei diese Motivirung eine andere, als nach unserem Rechte; indem nicht nur die zur Vermeidung einer gemeinschaftlichen Gefahr erfolgten freiwilligen Opfer, sondern auch die zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, nämlich die zur Erreichung des Bestimmungshafens aufgewandten Reparaturkosten in Havariegrosse gebracht seien. Allein diese Abweichung in dem der Dispachirung zu Grunde gelegten Principe, welches Princip überdies von dortigen Kaufleuten sowie von der höchsten Magistratsperson zu Bombay für das dem Rechte und den Usancen des dortigen Platzes entsprechende erklärt werde, könne doch an der Qualität der Dispache als einer Havariegrosse-Dispache nichts ändern. Dieselbe entspreche aber auch den Vorschriften des § 86 des Allgem. Plans. Derselbe verlange nicht, daß die Dispache von einer Behörde, sondern nur, daß sie von durch Gesetz oder Usance autorisirten Personen gemacht werde. Dazu gehöre es aber auch, wenn das usancemäßige Verfahren — wie hier — in einer Wahl des Dispacheurs durch die Betheiligten bestehe. Die vorgelegte Dispache sei somit formell in Ordnung. Ein Nachweis der materiellen Rechtsgültigkeit aber könne von dem Versicherten nicht verlangt werden, da er sonst häufig für Havariegrosse-Contributionen, denen er sich bei aller Diligenz nicht entziehen könne, keinen Ersatz bekommen würde. Die Einwände gegen die Person von Bates & Co. seien hinfällig, da dieselben nicht nur den Rheder, sondern auch andere Ladungsinteressenten vertreten hätten und es überdies dem Ersteren gleichgültig sein konnte, ob er sein Geld von den Ladungsinteressenten oder vom Assecuradeur erhielt.

Die erste Kammer des Handelsgerichts (Präses: Herr Dr. Versmann; Richter: die Herren Amsinck und Schuldt) erkannte am 5. November 1860:

> Da aus der als Anlage 3 vorgelegten Havariegrosse-Dispache hervorgeht, daß dieselbe ursprünglich von einem der Interessenten Edward Bates & Co. in Bombay unter Consens der übrigen zunächst Betheiligten im August 1856 aufgemacht und sodann im April dieses Jahres durch William Lake & Fulcher daselbst unter Hinzufügung von Motiven weiter ausgearbeitet ist;
>
> da aber weder aus den dieser Dispache angehängten Attesten zu ersehen ist, noch sonst behauptet wird, daß die eine oder die andere dieser Personen eine solche sei, welcher irgend eine in Bombay, sei es vermöge gesetzlicher Bestimmung, sei es vermöge einer Usanz allgemein anerkannte Autorität für Aufmachung von Dispachen beiwohnt;
>
> da dieser Dispache demnach gerade dasjenige Erforderniß fehlt, auf welchem die im § 86 und 87 des Allgemeinen Plans hamburgischer See-Versicherungen auswärtigen Havariegrosse-Dispa-

chirungen den Assecuradeuren gegenüber beigelegte formell verbindende Kraft beruht;

da diesem Mangel auch nicht durch die Berufung auf den Umstand abgeholfen werden kann, daß in Bombay — und zwar gerade wegen Nichtvorhandenseins einer durch Gesetz oder Usanz zur Aufmachung von Dispachen allgemein autorisirten Person — die Usanz die Aufmachung von Havariegrosse-Dispachen Seitens einer lediglich durch Wahl der Interessenten legitimirten Person gestatte, indem schon in der in den §§ 86 und 87 des Allgemeinen Plans gegebenen Vorschrift eine auf billige Berücksichtigung der schwierigen Lage des Versicherten beruhende weitergehende Ausnahme von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu Gunsten des Versicherten enthalten ist, welche als solche nicht noch weiter ausgedehnt, gewiß aber nicht unter Verhältnissen angewandt werden darf, welche den in der erwähnten Vorschrift vorausgesetzten keineswegs analog, sondern von denselben wesentlich verschieden sind;

da überdies die fragliche Dispache — soviel den Inhalt derselben betrifft — sich nur äußerlich von der früher in Sachen Feidel & Co. contra die Beklagten beigebrachten, jetzt als Anlage A. producirten unterscheidet, indem in derselben freilich drei Colonnen zur Vertheilung der verschiedenen Schäden und Kosten auf „Cargo Owners und General Average“ enthalten sind, nichtsdestoweniger aber die im Nothhafen aufgewandten Reparaturkosten nach Abzug von ein Drittel alt für neu, so wie die sämmtlichen daselbst aufgelaufenen Unkosten ohne alle Ausnahme in die dritte Colonne gebracht sind, so daß dasjenige, was in dem in der obigen Sache abgegebenen Erkenntniß über die materielle Unzulässigkeit der Anlage A gesagt worden, eben so wohl auf die hier vorliegende Anlage 3 Anwendung findet,

da, wenn somit dieser Dispache als solcher eine verbindliche Kraft nicht beizulegen ist, zunächst die Behauptung der Beklagten in Betracht kommt, daß die Havariegrosse-Dispachen für Bombay zufolge einer bestehenden Usanz in London aufzumachen seien,

daß die Beklagten schuldig seien, entweder den Beweis dieser ihrer Behauptung — dem Kläger Gegenbeweis vorbehälich — innerhalb vier Wochen anzutreten,

oder innerhalb derselben Frist sich speciell und zwar sub poena contumaciae darüber zu erklären, welche von den in der vorliegenden Dispache aufgeführten Posten sie als in Havariegrosse gehörig anzuerkennen gemeint seien.

Auf beklagtische Appellation erkannte das Ober-Gericht am 25. Februar 1861:

da, wenn aus den, im Erkenntniß a quo angeführten Gründen, der als Anlage 3 vorgelegten Havariegrosse-Dispache als solcher eine verbindliche Kraft nicht beizulegen ist, auch den Beklagten weder Beweis dahin, daß die Havariegrosse-Dispachen für Bombay zufolge einer bestehenden Usanz in London aufzumachen seien, noch auch Erklärung darüber auferlegt werden kann, welche von den, in der Anlage 3 aufgeführten Posten sie als in Havariegrosse gehörig anzuerkennen gemeint seien, indem die aus einer Havariegrosse beanspruchten Beklagten nach Maßgabe Art. 86 des Allgemeinen Planes eine ordnungsmäßige, event. hierorts aufzumachende Dispache verlangen, und nicht gehalten sein können, über die einzelnen Posten einer, als unverbindlich verworfenen Dispache in ein contradictorisches Verfahren einzutreten;

da sich vielmehr die Sachlage nunmehr dahin ergiebt, daß der Kläger angebrachter Maaßen abzuweisen und ihm zu überlassen sein wird, sei es in London, womit sich die Beklagten einverstanden erklärt haben, sei es hierorts die Aufmachung einer ordnungsmäßigen Dispache herbeizuführen;

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 5. November vorigen Jahres wieder aufzuheben und der Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz und unter Compensation der Kosten dieser Instanz, mit seiner Klage angebrachter Maßen abzuweisen ist.

Dieses Erkenntniß wurde auf klägerische Appellation vom Ober-Appellations-Gericht zu Lübeck aus nachstehenden Gründen bestätigt:

Entscheidungsgründe.

Da die Frage, ob die nunmehr vorgelegte, anderweit in Bombay aufgemachte Dispache geeignet sei, den aus ihr erhobenen Anspruch zu rechtfertigen, von dem Handelsgericht unterm 5. November 1860 in motivirter Weise verneint und dessen Auffassung von dem Obergerichte unterm 25. Februar 1861 bestätigt ist, so steht Derzeit die Unbrauchbarkeit der Dispache zu dem gedachten Zweck rechtskräftig fest. Gegenwärtig ist nur darüber zu entscheiden, ob der Kläger verlangen könne, daß die Beklagten, wie ihnen von dem Handelsgerichte auferlegt worden, entweder den Beweis führen, daß die Havariegrosse Dispachen für Bombay zufolge bestehender Usanz in London aufgemacht werden; oder daß sie sich speciell darüber erklären, welche von den in der vorgelegten zu Bombay aufgemachten Dispache aufgeführten Posten die Beklagten als in die Havariegroße gehörig anerkennen wollen; oder ob andererseits die Beklagten befugt sind, bis zur Beibringung einer ordnungsmäßig aufgemachten Dispache jede Erklärung über den erhobenen Anspruch abzulehnen, wie das Obergericht in seinem Erkenntniß vom 25. Februar 1861 angenommen hat.

Diese Entscheidung hängt davon ab, ob anzunehmen ist, der Beitrag, welchen ein Ladungsinteressent zur Havariegrosse geleistet hat, könne von dem Versicherer schon dann verlangt werden, wenn die Thatumstände, aus denen seine Verpflichtung, diesen Beitrag zu leisten, folgt, in der Klageschrift deutlich angegeben sind, oder ob der Versicherer verlangen dürfe, daß zur Substantiirung des Anspruchs zuvörderst eine ordnungsmäßig aufgemachte Dispache vorgelegt werde, aus welcher die Verpflichtung, den Beitrag zu bezahlen, hervorgehe. Wie hierüber gemeinrechtlich zu entscheiden sei, kann unerörtert bleiben, da es gegenwärtig nur darauf ankommt, was der revidirte Allgemeine Plan darüber verordnet. Der Inhalt seiner Vorschrift geht nach § 86 dahin:

Die Aufmachung der Dispache über Havariegrosse geschieht an dem Orte, wo sich Schiff und Ladung von einander trennen: der Regel nach also an dem Bestimmungsorte, eventuell in einem Nothhafen. Das Geschäft selbst wird von den an dem betreffenden Ort durch Gesetz und (richtiger: oder) Usanz dazu autorisirten Personen beschafft. Ist es gebräuchlich, daß für den in Frage stehenden Ort an einem andern Ort dispachirt werde, so haben die autorisirten Personen dieses Letzteren die Dispache aufzumachen. Kann die Dispache an keinem der vorbezeichneten Orte aufgemacht werden, so muß dies in Hamburg geschehen.

Diese Vorschriften haben aber für die Regulirung der Verhältnisse zwischen dem Versicherer und Versicherten keinen blos enunciativen, sondern einen dispositiven Character. Die Versicherer wollen nur dann verbunden sein zur Vergütung eines Schadens aus Havariegrosse, wenn den vorstehenden Vorschriften entsprochen ist. Das ergiebt sich theils aus den Worten des §: die Havariegrosse ist 2c. und „Sollte es dort nicht füglich geschehen können, so ist die Dispache hier aufzumachen;" theils aus den im Eingang von § 87 vorkommenden Worten: „Den zufolge vorstehendermaßen aufgemachter Dispache den Versicherten treffenden Beitrag zur Havariegrosse ersetzt der Versicherer 2c." (welche der minder correcten Fassung des allgemeinen Plans von 1847 „die vorstehendermaaßen aufgemachte Havariegrosse muß der Versicherer anerkennen und ersetzt 2c." substituirt sind), indem dadurch die Vorschrift des § 86 zu einer dergestalt categorischen erhoben wird, daß im Falle der Nichtbefolgung der Anspruch auf Verlangen des Versicherers als nicht gehörig substantiirt angebrachtermaßen verworfen werden muß. Auch findet diese Erklärung in der Assecuranz-Ordnung von 1731 Tit. 13, welcher wie aus Art. 3, 7, 11, 12 erhellt, nicht blos das Verhältniß zwischen Schiff und Ladungsinteressenten, sondern auch das zwischen dem Versicherer und Versicherten ordnet, eine Unterstützung, indem daselbst Art. 13 vorgeschrieben ist, daß, wenn die Schadensregulirung am Löschungsorte nicht füglich geschehen könne, solche in Hamburg geschehen **soll**. Es konnte daher dem Kläger nicht beigepflichtet werden, wenn er vermeint, der § 86 habe nur den Zweck eine Verpflichtung der Versicherer auszusprechen, aus einer Dispache, die in Gemäßheit der Vorschriften des Paragraphen aufgemacht worden, ohne Weiteres zu zahlen. Vielmehr war anzunehmen, daß die Vorschrift des Paragraphen für die Versicherer ein Recht und eine Pflicht begründe, sie daher nur dann auf den erhobenen Anspruch sich einzulassen brauchen, wenn den Vorschriften des Paragraphen entsprochen ist. Auch liegt in dieser Auffassung um deswillen keine Härte gegen den Versicherten, weil dieser durch Eingehung des Vertrages sich auch der Vorschrift des Allgem. Plans unterworfen hat, daß vor Berichtigung des Schadens auf Verlangen des Versicherers eine Dispache aufgemacht werde, und zwar jedenfalls in Hamburg, falls sich nicht eine auswärtige, von autorisirten Personen aufgemachte beibringen läßt.

Hat nun im vorliegenden Falle der Versicherte bis dahin aus Bombay eine dem §. 86 entsprechende Dispache nicht producıren können, und sollte derselbe auch fernerhin außer Stande sein, dieses zu thun, oder in London dispachiren zu lassen — wozu die Versicherer in erster Instanz durch die Erklärung, daß Havariegrosse-Dispachen für Bombay in London aufgemacht würden, im Voraus ihre Zustimmung gegeben haben, eine Zustimmnng, die natürlich nicht dazu benutzt werden dürfte, sie mit einem Beweise zu belasten — so bleibt ihm nach Vorschrift des §. 86 nichts Anderes übrig als die Dispache in Hamburg aufmachen zu lassen und alsdann sein Recht weiter zu verfolgen.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Ponkt & v. Döhren.

№ 42. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 18. October. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Mueller & Co. c. Jacoby & Co. — Préalle c. Holte. — Obergericht: Dr. Banks c. Hartmann I. und II.

Handelsgericht.

No. 93.

Zweite Kammer. Audienz vom 3. October 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor. Richter: die Herren Vogler und Mutzenbecher.

F. A. Mueller & Co. (Dr. Antoine-Feill) gegen M. L. Jacoby & Co. (Dr. Wolffson).

Die Kläger verlangen die Bezahlung von Bco℔ 220. 6. Kosten, welche ihnen laut Rechnung Anl. 1, aus dem Empfange einer laut Schlußnota, Anl. 2, an sie verkauften, aber wegen uncontractlicher Beschaffenheit von ihnen aufgeschossenen Partie Gerste ab Hadsund erwachsen seien. Zur Begründung ihrer Klage producirten sie in Anl. 3 einen zwischen dem ihrerseits nach Hadsund gesandten Empfänger Thomsen und dem dortigen Lieferanten Welling abgeschlossenen Contract, welchem zufolge unter Aufhebung der Usance, daß eine einmal abgeladene Waare nicht aufgeschossen werden kann, die Verladung der fraglichen 1000 Tonnen Gerste „für Rechnung den es angeht“ geschehen ist.

Die Beklagten wenden ein: Sie könnten die angestellte Klage nur dahin verstehen, daß die Kläger Schadensansprüche wegen contractwidriger Weise nicht gelieferter Waare machen wollten; sollte etwas anderes beabsichtigt sein, so wollten sie die Einrede der dunkeln Klage opponirt haben. — Eine Schadensklage sei nun aber im vorliegenden Falle ganz unzulässig. Nach § 6 der Schlußnoten-Usanzen würden dem Käufer, welcher die Waare aufschießt, allerdings seine Entschädigungsansprüche vorbehalten; hier sei aber den Klägern durch das Aufschießen der Gerste gar kein Nachtheil, sondern im Gegentheil ein bedeutender Gewinn entstanden. Die Kläger hätten nämlich die fragliche Partie Gerste, welche ihnen Bco℔ 9. pr. Tonne gekostet, mit Verlust, nämlich zu Bco℔ 7. 14, weiter verkauft gehabt, jedoch mit der Bedingung, daß dies Geschäft annullirt werden solle, falls sie ihren Verkäufern (also den Beklagten) die Waare aufschießen sollten. Demnach seien die Kläger also durch das Aufschießen der Waare einem Verluste Bco℔ 1. 2. pr. Tonne entgangen. — Die eingeklagten Empfängerskosten seien überdies gar nicht in Folge des Aufschießens entstanden und könnten schon deshalb kein Gegenstand des Schadensersatzes sein. Jedenfalls müßten die Kläger alle Folgen der Nichtlieferung zusammen ins Auge fassen; diese seien aber, daß sie einerseits Bco℔ 220. 6. verausgabt, andererseits dagegen Bco℔ 1. 2. pr. Tonne gespart, im Ganzen also ein vortreffliches Geschäft gemacht hätten. Der ihnen etwa aus der Nichtlieferung entstandene Schaden werde demnach durch den daraus für sie erwachsenden Nutzen

weit übersteigen, und sei ihre Klage deshalb abzuweisen. Eventuell werde die Richtigkeit der eingeklagten Kostenrechnung bestritten und deren Justification verlangt.

Die Kläger entgegnen: Die Einrede der dunkeln Klage erscheine den producirten Documenten gegenüber hinfällig. Die jenseits vorgetragene Ansicht, daß der durch das Nichtzustandekommen des Geschäfts herbeigeführte Nutzen gegen den daraus erwachsenen Schaden in computum gebracht werden müsse, sei entschieden irrig. Es handle sich hier nämlich nicht um Schadensersatz, sondern um völlige Auflösung eines Geschäfts wegen Nichterfüllung abseiten der einen Partei. In solchem Falle müsse diese eine Partei die andere gerade in den Stand versetzen, wie wenn das Geschäft gar nicht gemacht wäre; sie müsse ihr also den Kaufpreis und alle Auslagen ersetzen (Mommsen, Interesse Pag. 87 ff.), ohne Rücksicht auf die ganz zufälligen anderweitigen Folgen der Annullirung. Ueberdieß habe ausweise Anl. 3 Welling die Beklagten durch die contractliche Abrede obligirt, daß die Verladung, falls die Waare aufgeschossen werden sollte, als für Rechnung des Unterliegenden geschehen betrachtet werden solle. Endlich seien die Beklagten auch deshalb zum Ersatz der Bco℔ 220, 6. verpflichtet, weil dieselben eigentlich zu ihrem Nutzen ausgegeben seien; denn der Empfang komme der Waare in sofern zu Gute, als dieselbe dadurch leichter verkäuflich und somit werthvoller werde. Der eventuelle ganz allgemeine Antrag der Beklagten auf Justification sei jedenfalls unzulässig.

Die Beklagten dupliciren: Auf die Behauptung, daß sie durch die Empfängerskosten bereichert seien, ließen sie sich nicht ein, da die Klage gar nicht auf diesen Gesichtspunkt gegründet sei. Uebrigens sei diese Ansicht eine ganz falsche; nicht durch die Empfängerskosten, sondern nur durch die Verladungskosten werde die Waare verbessert. — Stellten die Kläger sich auf den Standpunkt der völligen Aufhebung des Geschäfts, so könnten sie allerdings Restitution dessen verlangen, was sie den Beklagten prästirt, keinenfalls aber auch Restitution der Auslagen, die sie Dritten gegenüber gemacht hätten. Die angezogene Stelle aus Mommsen passe nicht hierher; sie rede von Impensen, die Jemand für Rechnung eines Andern verausgabt und kraft einer Contractsklage zu fordern habe.

Erkannt:

da der contractbrüchige Verkäufer dem Käufer das Interesse, welches dieser an der Erfüllung des Handels hat, oder, wie es in den Digesten l. 1 pr. de actione empti venditi heißt, zu erstatten verpflichtet ist, quod rem habere interest emptoris;

da demnach ein Käufer auch nur dann einen Entschädigungsanspruch wegen nicht erfolgter Lieferung einer Waare erheben kann, wenn er ein rechtlich zu attendirendes Interesse darzuthun vermag, also wenn durch die Nichtlieferung des Verkäufers sein Vermögen geschmälert ist;

da bei dem Nachweise einer solchen Schmälerung, wie gegen den Gewinn, welchen der Käufer bei Lieferung der Waare in Folge gestiegener Preise gemacht haben würde, die Auslagen in computum zu bringen sind, die er bei erfolgter gehöriger Lieferung seinerseits aufzuwenden gehabt haben würde, ebenso auch gegen den Verlust, welchen er durch Aufwendungen, gemacht in Bezug auf das fragliche Geschäft, erlitten, der Vortheil in Gegenrechnung gestellt werden muß, welcher ihm aus der Nichtlieferung der Waare, wie z. B. bei gesunkenem Marktpreise, erwachsen ist, weil in beiden Fällen erst nach Compensation des lucri und damni sich herausstellt, welchen Einfluß die Contractbrüchigkeit des Verkäufers auf das Vermögen des Käufers ausgeübt hat, oder mit andern Worten ob der Käufer an der Erfüllung der Obligation überhaupt ein rechtlich zu beachtendes Vermögensinteresse hatte und bis zu welchem Betrage;

vgl. Mommsen zur Lehre vom Interesse §. 18;

da nun die Kläger im vorliegenden Falle die beklagtische Behauptung nicht haben in Abrede stellen können, daß sie, wäre die Lieferung erfolgt, grade die hier fraglichen circa 1000 Tonnen Gerste an Ernst Meyer und zwar zu einem Preise zu liefern verpflichtet waren, der um Bco℔ 1, 2. pr. Tonne niedriger war, als derjenige, welchen sie den Beklagten zu zahlen verpflichtet gewesen wären, daß ihnen also bei beklagtischer Lieferung contractmäßiger Waare ein Verlust von circa Bco℔ 1125. erwachsen sein würde;

da die Beklagten darnach mit Recht, angesichts der weit geringeren, angeblich von den Klägern

aufgewendeten Empfängers-Kosten die Existenz eines Schadens überhaupt und also das Fundament der Klage, soweit dieselbe sich auf den §. 6 der Schlußnoten-Bedingungen stützt, bestritten haben;

cf. Erkenntniß in contrarestitutorio in Sachen Droop & Frege c. Pontoppidan vom 19. Decbr. 1856;

da ferner die erhobene Klage, sofern dieselbe etwa ihr Fundament in der Anl. 3 finden soll, allerdings völlig dunkel ist, und auch nach dem, was in der Replik zur Aufklärung vorgebracht worden ist, noch nicht der Art substantiirt erscheint, daß es sich rechtfertigen würde, den Beklagten in diesem Processe zu einer hauptsächlichen Einlassung darauf zu verpflichten:

daß Kläger mit ihrer Klage, soweit dieselbe eine Entschädigungsklage, angestellt auf Grund des §. 6 der Schlußnoten-Bedingungen, sein soll, wegen mangelnden Interesses definitiv, soweit dieselbe sich aber etwa auf die Anl. 3 gründen soll, angebrachtermaßen, und zwar unter Verurtheilung in die Proceßkosten abzuweisen seien.

No. 94.

Erste Kammer. Audienz vom 24. April 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Blume und Stahmer.

C. Préalle cess. nom. Bartholly & Heins (Dr. Wolffson) gegen H. A. Holle in Vollmacht der patriotischen Assecuranz-Compagnie und Karl F. Bubendey in Vollmacht der Assecuranz-Compagnie von 1840 (Dr. Schindeler).

Kläger hat bei den beklagtischen Gesellschaften diverse Waaren für die Reise von Liverpool nach der Westküste Amerika's versichert, und zwar per Schiff „Sea-Ranger", Capt. Burnham, zum taxirten Gesammtwerth von Bco℔ 8630, nebst Bco℔ 2930 imaginären Gewinn, von welchen Beträgen jeder der beiden Beklagten die Hälfte gezeichnet hat. Das Schiff hat auf der versicherten Reise Havarie erlitten und einen Nothhafen auf den Falklands-Inseln aufsuchen müssen, woselbst die gesammte Ladung verkauft ist. Die Beklagten haben in Folge klägerischen Antrages einen Einschuß von Bco℔ 3460 für den Schaden, dessen Größe erst nach genauer Angabe des Verkaufsprovenues ermittelt werden konnte, geleistet. Die betreffenden Angaben über den Verkauf der Ladung, sowie das Provenue selbst sollten von dem Rheder, der seinen Wohnsitz in Boston hat, nach Liverpool behufs Aufmachung einer Dispache übersandt werden. Es unterblieb dies jedoch, da der Rheder zuvor einen Revers von sämmtlichen Ladungsinteressenten verlangte, worin diese ihm und dem Capitain Decharge ertheilten. Diesem an sich unberechtigten Verlangen gab Kläger, nachdem die Beklagten erklärt hatten, er möge in dieser Angelegenheit nach bester Ueberzeugung handeln, nach, weil zu einem Verdachte gegen den Rheder oder Capitain kein Grund vorlag und die Führung eines vielleicht interesselosen Processes in Boston unzweckmäßig erschien. Es erfolgte darauf jedoch von Seiten des Rheders nur die Auskunft, daß der Antheil des Klägers an dem Provenue der Ladung nach billiger Berechnung sehr gering ausfallen würde. Eine genaue Berechnung sei den Umständen nach unthunlich und offerire man deshalb zur Ausgleichung eine Zahlung von im Ganzen £ 6. Kläger führt nun aus: Er habe sich zur Quittirung seines Antheils an dem Verkaufsprovenue gegen Zahlung der £ 6 ohne Zustimmung der Beklagten nicht für berechtigt gehalten. Wollten dieselben sich nicht so arrangiren, so müßten sie dann jedenfalls nach § 106 des Allgem. Plans *) den imaginären Gewinn, nachdem

---

*) § 106 besagt: „Der Versicherer auf imaginairen Gewinn bezahlt, falls die Güter, deren imaginairer Gewinn versichert ist, beschädigt am Bestimmungsorte geliefert werden, eben so viele Procente von der versicherten Summe, als er für die Güter, falls er solche unter gleichen Bedingungen versichert hätte, zu vergüten haben würde. Falls aber der Gegenstand des imaginairen Gewinns wegen solcher Seeschäden, wofür der Versicherer des imaginairen Gewinns nach den Bedingungen seiner Versicherungen verantwortlich ist, nicht den Bestimmungsort erreichen kann, so bezahlt der Versicherer die gezeichnete Summe als Total-Schaden.

Würde jedoch beim Verkauf der Güter im Nothhafen das Provenue, nach Abzug von Verkaufskosten, Zoll, und Fracht, mehr austragen, als die Taxe der Police ohne imaginairen Gewinn beträgt, so ist der Ueberschuß auf den imaginairen Gewinn in Abrechnung zu bringen."

die Waaren im Nothhafen verkauft seien, als Totalschaden bezahlen. Aber auch der taxirte Werth sei dann — gegen Ertheilung von jura cessa gegen Rheder und Capitain, nach Analogie des § 62 des Plans **) — vollständig zu ersetzen, da auch der Schaden, welcher dem Versicherten daraus entstehe, daß der Capitain oder der Rheder das Verkaufsprovenue gar nicht oder nicht vollständig abliefere, zu Lasten des Versicherers sei. Wollten die Beklagten dagegen die Abrechnung des Rheders anerkennen, so würde dann die Taxe abzüglich der £ 6 zu zahlen sein. Eventuell würde der Einschuß der Beklagten jedenfalls nach § 118 des Plans bis zu 98 pCt. der Taxe zu ergänzen sein, da der Schaden sich unzweifelhaft mindestens so hoch belaufen werde.

Die Beklagten entgegen: Es handle sich hier um eine Versicherung „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle". Nun lägen zwar die Requisite einer Strandung im gegenwärtigen Falle nicht vor; doch wolle man daraus eine Einrede nicht entnehmen. Die Klage stütze sich zunächst auf die erlittene Havarie des Schiffes und der versicherten Güter und den in Folge dessen stattgehabten Verkauf der letzteren. Es fehle aber gänzlich an einem Beweise über den Umfang des Schadens, sowie an einer planmäßigen Regulirung desselben. Kläger hätte nach § 89 des Allg. Plans hier eine Dispache aufmachen lassen müssen. Die Veranschlagung des klägerischen Antheils an dem Verkaufsprovenue auf £ 6 sei eine ganz willkürliche und durch Nichts bewiesene. Selbst die Forderung eines Totalschadens für den imaginären Gewinn sei unstatthaft, da auch nicht einmal der Beweis vorliege, daß das Verkaufsprovenue der klägerischen Waaren nicht die Policentaxe übersteige; eventuell würde der gezahlte Einschuß auf den imaginären Gewinn zu verrechnen sein, so daß eine weitere Zahlung für diesen für jetzt nicht einzutreten habe. Auch der fernere Klaggrund, daß der Rheder das Verkaufsprovenue für die versicherten Waaren vorenthalte, sei unzutreffend. Zunächst liege dies nicht einmal bewiesen vor; vielmehr sei der Rheder bereit, das Provenue gegen den in der Klage erwähnten Revers der Ladungsinteressenten auszukehren, und müsse daher der Kläger abwarten, resp. beweisen, daß dieser Revers erfolgt sei. Ferner aber würde das behauptete Verschulden des Rheders — wenn ein solches vorläge — nicht zu Lasten der Versicherer sein, da dasselbe zu einer Zeit sich ereignete, als das Risico der Letzteren schon längst erloschen war. Denn mit dem Verkaufe der Waaren im Nothhafen sei die versicherte Reise — weil nun die Unmöglichkeit des Weitertransports constirte — und mithin auch das Risico der Assecuradeurs zu Ende gewesen. Für den richtigen Eingang des Verkaufsprovenues seien die Letzteren nicht verantwortlich; cfr. den Schlußsatz des §. 114 des Plans.***) Endlich sei es unzulässig und mit dem §. 114 in Widerspruch, wenn Kläger verlange, daß die Assecuradeurs das Verkaufsprovenü einziehen und ihm sofort einen Totalschaden bezahlen sollten. Die desfallsige Bezugnahme auf §. 62 des Plans sei unstatthaft, da derselbe nur von Schäden, die durch die Schuld des Schiffers oder Schiffsvolks, nicht aber des Rheders, herbeigeführt worden, spreche und ferner eine Regreßklage wegen eines bereits eingetretenen Schadens im Sinne habe, nicht aber, wie hier, eine Klage, durch die der Schaden, nämlich die Vorenthaltung des Verkaufsprovenues Seitens des Rheders, erst abgewandt werden solle. Eine solche sei stets von dem Versicherten selbst anzustellen und könne nicht dem Versicherer zugeschoben werden. Es liege in dem desfallsigen Verlangen des Klägers eine Art Abandon des Verkaufspreises, der dem hiesigen Recht unbekannt sei. — Auch die eventuelle Forderung der Ergänzung des Einschusses zu 98 pCt. sei unzulässig, da auch das nicht bewiesen sei, daß der Schaden ungefähr auf so viel sich belaufe. Endlich sei eine der versicherten Kisten (No. 30) gar nicht mit verladen und deren Betrag jedenfalls abzusetzen. Aus diesen Gründen sei die Klage abzuweisen; reconveniendo aber fordere er Rückzahlung des gezahlten Einschusses, falls nicht in einer gerichtsseitig zu bestimmenden Frist die gehörigen Beweise über die Größe des Schadens nachgeliefert würden, da ein solcher

---

**) § 62 lautet: „(A.- u. H.-O. Tit. VII. Art. I.) Aller Schaden, der den Schiffen oder Gütern, durch des Schiffers, Steuerleute und Schiffsvolks Schuld, Versehen, Versäumniß und Mißhandlung, es sei auf was Weise es wolle, widerfähret, bleibet zu der Assecurirenden Lasten und muß von denenselben gut gethan werden.

Es wird ihnen aber der Regreß, gestallten Umständen nach, an den Schiffer, die Steuerleute und das Schiffsvolk billig vorbehalten."

***) derselbe lautet: „Das Provenue der verkauften Gegenstände einzuziehen, ist Obliegenheit des Versicherten."

Einschuß stets nur unter der Voraussetzung der Nachlieferung dieser Beweise geleistet werde.

Der Kläger replicirt: Die Größe seines Schadens bestehe in der Taxsumme, die nachdem die versicherten Güter für ihn verloren seien, nach § 11 und 96 des Plans zur Anwendung kommen müsse, abzüglich des für ihn geretteten Provenues. Es handle sich somit nur noch um Feststellung des Letzteren. Ob bei Ermittlung desselben planmäßig verfahren, concernire ihn nicht, da er bei dem Verkauf nicht zugegen war oder sein konnte. Die Aufmachung einer Dispache hier sei unnütz, da die Vertheilung des Provenues der Ladung unter die einzelnen Ladungs-Interessenten bereits durch den Rheder geschehen sei, und also Kläger selbst bei einer ihm günstigeren Dispache doch nicht mehr erhalten würde. Das Factum, daß für ihn ein größeres Provenue nicht disponibel sei, stehe fest und sei entscheidend. Die Gefahren des Provenues ständen zu Lasten des Versicherers. Der Versicherte sei bei Einziehung desselben nur als Vertreter des Ersteren zu betrachten, hafte also nur für Diligenz, die prästirt sei. Es komme hinzu, daß Kläger dem Rheder mit Bewilligung des Beklagten Decharge ertheilt habe und also dem guten Willen desselben Preis gegeben sei. Die Frage, ob ein Abandon zulässig sei, komme nicht in Betracht, da ein solcher nicht vorliege, indem Kläger nicht etwa die verdorbenen Waaren dem Versicherer cediren wolle, vielmehr seinerseits alle Diligenz angewandt habe; es frage sich nur, ob die Versicherer das Resultat derselben anerkennen oder selbst versuchen wollten, gegen den Schiffer Rechte geltend zu machen. Würde endlich den Kläger in Betreff des Quantums des Schadens noch ein weiterer Beweis treffen, so würde doch jedenfalls der imaginäre Gewinn sofort ganz zu ersetzen sein, da dieser Anspruch mit dem Verkauf im Nothhafen fundirt sei, ein durch diesen Verkauf erzielter Ueberschuß über die Policen-Taxe aber den Gegenstand einer, vom Besicherer zu beweisenden, Einrede bilde, die übrigens im vorliegenden Falle auch materiell vollkommen unbegründet sei. Die Abrechnung des gesammten Einschusses auf den imaginären Gewinn sei unzulässig, da der Einschuß auf die ganze Versicherungssumme geleistet und also nach Verhältniß auf Taxe und imaginären Gewinn zu vertheilen sei. Betreffend die Kiste No. 30, so sei dieselbe, nur unter einer speciellen Bezeichnung, ausweise Connossements, mit verladen. Die Reconvention sei unstatthaft, da man nur behaupten könne, daß der Schaden nicht regulirt, nicht aber, daß er geringer sei, als der geleistete Einschuß.

Erkannt:

da die Beklagten im Allgemeinen nicht bestreiten, daß die von den klägerischen Cedenten für die Reise von Liverpool nach San Francisco versicherten Waaren wirklich mit dem Schiffe „Sea-Ranger" verladen worden sind, der hinsichtlich der Einen Kiste erhobene Zweifel aber durch die vom Kläger replicando gegebene Aufklärung sich als erledigt darstellt,

da die Beklagten ferner einräumen, daß der „Sea-Ranger" auf der angegebenen Reise von einem Seeunfall betroffen ward und daß in Folge dieser Havarie die versicherten Waaren auf den Falklands-Inseln verkauft wurden,

da nun, falls dieser Verkauf, wie Kläger behauptet und wie Beklagte ebenfalls anzunehmen scheinen, deshalb erfolgt sein sollte, weil bei der Havarie des Schiffes zugleich auch die Waaren beschädigt worden seien, hier eine Gefahr vorliegen würde, für welche Beklagte aufzukommen hätten, indem sie excipiendo erklärt haben, daß sie ohne weitere Beweise die Havarie des Schiffs als einen Strandungsfall gelten lassen wollten und somit der Fall hier eingetreten sein würde, in welchem Beklagte nach Inhalt der Police auch für eine Beschädigung zu haften sich verpflichtet haben,

da ferner auch dann, wenn die Waaren unbeschädigt geblieben sein sollten und der Verkauf derselben nur erfolgt wäre, weil deren Weiterbeförderung unmöglich gewesen sein sollte, hier ein Unfall vorliegen würde, für den Beklagte Ersatz zu leisten hätten und da selbst dann ein solcher Unfall als vorhanden angenommen werden müßte, wenn der Verkauf der Waaren, ohne daß eine genügende Veranlassung zu demselben vorgelegen hätte, geschehen sein sollte, indem doch weder der Kläger, noch seine Cedenten bei diesem Verkauf mitgewirkt, und weder der Eine, noch die Anderen sich in der Lage befanden, denselben zu verhindern, hiernach aber, wenn der Verkauf ohne genügenden Grund erfolgt sein sollte, hier eine solche Handlung des Schiffers vorliegen würde, für welche die Beklagten ebenfalls aufzukommen hätten,

vergl. Erkenntniß in Sachen: De Chapeaurouge & Co. gegen G. E. Rowohl vom 24. Juni 1852,

da ferner auch es hier ganz irrelevant erscheinen muß, ob der Verkauf, er möge aus dem einen oder anderen Grunde geschehen sein, in gehöriger

Weise bewerkstelligt wurde, weil doch auch in dieser Beziehung der Umstand, daß die Versicherten gar nicht im Stande waren, ihr Interesse bei demselben wahrzunehmen, in Betracht kommen muß,

da bei dieser Sachlage, ohne daß es weiterer Beweise bedürfte, angenommen werden muß, daß der Verkauf in Folge einer von den Beklagten übernommenen Gefahr erfolgt ist, und es somit hier nur noch darauf ankommt, ob Kläger zur Begründung der Ersatzpflicht der Beklagten noch Beweise dafür beizubringen habe, daß und in welchem Umfange den Versicherten ein Schaden aus dem Verkauf erwachsen ist,

da nun in dieser Beziehung den Beklagten darin nicht beizustimmen ist, daß der Versicherer, wenn die Güter wegen eines Ereignisses, welches zu dessen Verantwortung steht, vor beendeter Reise von dem Schiffer verkauft worden, immer nur soviel als die Taxe der Police (beziehungsweise der Facturawerth) das Verkaufsprovenue übersteigt dem Versicherten zu ersetzen habe, ohne Unterschied, ob dieses Provenue bei dem Versicherten eingeht oder nicht, vielmehr die Erwägung, daß durch die Assecuranz es ermöglicht werden soll, den Versicherten für diejenigen Gefahren, welche der Versicherer übernommen hat, vollständig schadlos zu halten, zu der Annahme führen muß, daß der Assecuradeur in einem Falle, wie der vorliegende, auch für den Eingang des Provenue's einzustehen, und mithin dafür Ersatz zu leisten habe, wenn dasselbe ohne Verschulden des Versicherten bei demselben nicht eingehen sollte,

da mit dieser Auffassung — welche übrigens auch in dem Deutschen Handelsgesetzbuch, und zwar im Art. 881 desselben, eine ausdrückliche Anerkennung gefunden hat — der § 96 des Allgemeinen Plans nicht im Widerspruch steht (indem dieser Paragraph nur von der Berechnung des Schadens spricht, ohne die hier vorliegende Frage zu berühren), der Schlußsatz des § 114 des Plans aber eher zur Unterstützung, als zur Widerlegung dieser Ansicht dienen kann,

da von dieser Auffassung offenbar auch die Beklagten selbst ausgegangen sind, als sie dem Kläger die Genehmigung zur Ausstellung der Decharge für die Rhederei und den Capitain des „Sea-Ranger" ertheilten, indem doch diese Genehmigung ganz bedeutungslos gewesen wäre, wenn nicht davon, wie viel dem Kläger als Provenue des Verkaufs ausgezahlt werde, sondern davon, zu welchem Preise die Waaren verkauft seien, es abhängen sollte, ob und bis zu welchem Betrage Kläger eine Vergütung von den Beklagten beanspruchen könne,

da hiernach im vorliegenden Fall davon auszugehen ist, daß einerseits Kläger die gehörige Diligenz behufs Einziehung des Verkaufsprovenues' aufzuwenden hatte, andererseits Beklagte dem Kläger die versicherte Summe zu ersetzen haben, falls und insoweit die Bemühungen des Klägers vergeblich geblieben sind,

da nun auch Beklagte nicht bestreiten, daß Kläger die erforderlichen Schritte behufs Erlangung einer Abrechnung über den Verkauf und Auskehrung des Provenue's eingeschlagen habe und daß diese Bemühungen des Klägers zu einem weiteren Erfolg nicht geführt haben, als daß ihm zu seiner gänzlichen Abfindung jetzt von dem Rheder des Schiffs £ 6 angeboten sind, unter diesen Umständen aber der Anspruch des Klägers, daß Beklagte ihm die versicherte Summe entweder unter Abzug der £ 6, oder gegen Ertheilung von jura cessa gegen die Rhederei und den Capitain, ersetzen, vollkommen begründet erscheinen muß, indem doch Kläger, auch wenn Beklagte es jetzt verlangen sollten, keineswegs für verpflichtet erachtet werden könnte, zuvor noch einen weit aussehenden und kostspieligen Proceß, sei es gegen den Rheder, sei es gegen den Capitain, zu führen, Beklagte aber noch viel weniger den Kläger darauf verweisen können, daß möglicherweise Rheder oder Capitain sich noch freiwillig zu einer ordentlichen Rechnungsablage verstehen könnten und daß alsdann vielleicht eine größere Summe als die jetzt angebotene, dem Kläger zufließen könnte,

da denn aber auch diesem Anspruch des Klägers die Vorschriften nicht entgegenstehen, welche hierorts über die Zulässigkeit eines Abandons gelten, indem doch dieser Anspruch ebensowenig wie diejenigen, welche von dem Versicherten auf Grund des § 62 des Allgemeinen Plans gegen den Versicherer erhoben werden können, als ein Abandon betrachtet werden kann,

da bei dieser Sachlage die Beklagten in jeder Beziehung sachfällig erscheinen,

> daß dieselben schuldig seien, gegen Ertheilung von jura cessa des dem Kläger gegen die Rhederei oder den Capitain des „Sea-Ranger" zuständigen Anspruchs dem Kläger die pro resto eingeklagten Bco℔ 4600, nebst den Zinsen vom Klagetage und den Proceßkosten, und zwar jeder der Beklagten die Hälfte dieser Beträge, innerhalb acht Tage sub poena executionis zu zahlen, daß jedoch die Beklagten, insofern sie die Ertheilung der jura cssa nicht beanspruchen sollten, zu befugen, von der von jedem von ihnen dem Obigen gemäß zu zahlenden Summe den Betrag von £ 3 zu kürzen.

Obergericht.

No. 36.

In Sachen Dris. Banks m. n. J. S. Förster c. Peter Wolff Hartmann; pcto. Pr. ℳ 480 (cf. No. 34 der Gerichtsztg., Handelsgericht No. 73) hat das Obergericht am 10. Octbr erkannt:

da der Kläger durch ein vor Verfall auf den Wechsel gesetztes, auf seinen, des Klägers, Namen lautendes Indossament legitimirt ist, da auch der Protest documentirt, daß der Wechsel auf dem Wege des regelmäßigen, wenn auch durch die stattgehabte Intervention für Rechnung des Klägers abgekürzten Regresses von dem Kläger eingelöst und dadurch wieder sein Eigenthum geworden ist; da mithin alle Bedingungen, die das Fundament der Wechselklage bilden, vorhanden sind;

da hiernach der Kläger als Erwerber des Wechsels nach erhobenem Proteste nicht betrachtet werden darf und deshalb auch Einreden aus der Person seiner Indossanten gegen ihn nicht geltend gemacht werden dürfen;

da es auch nach dem Grundsatze, daß ausgestrichene Indossamente bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben angesehen werden, unzulässig erscheint, Einreden, die lediglich auf solchen ausgestrichenen Indossamenten beruhen, gegen das selbstständige Klagrecht des Wechselinhabers zuzulassen;

da zwar der Aussteller oder Indossatar eines in seinem Besitze befindlichen Wechsels, welcher auf dem Wege des Regresses das Eigenthum desselben wieder erworben zu haben behauptet, mit der Wechselklage gegen den Acceptanten zuzulassen ist, auch ohne daß er sein eigenes Indossament und die nachfolgenden ausgestrichen hat, weil der durch den Besitz des Wechsels unterstützten Behauptung des Inhabers die Vermuthung des rechtmäßigen Erwerbes durch Einlösung des Wechsels bis zum Beweise des Gegentheils zur Seite steht; weil auch die Streichung der nachfolgenden Indossamente, welche zwar ein Recht, aber keine Pflicht des Inhabers, und zu welcher er dem Acceptanten gegenüber jedenfalls unbedingt berechtigt, ein für den Letzteren vollkommen gleichgültiger Act ist, da er ja durch die gegen Bezahlung des Wechsels erfolgende Einhändigung desselben gegen jeden erdenklichen Anspruch eines Dritten gesichert ist;

da aber hieraus nicht folgt, daß, wenn der Aussteller oder frühere Indossatar den Besitz des Wechsels wieder aufgegeben hat, ohne die Zahlung desselben erlangt zu haben, der in dem noch vorhandenen Indossament bestehende Rechtstitel des späteren, wieder in den Besitz des Wechsels gelangten Indossatars erloschen ist;

da auch die thatsächlichen Voraussetzungen, welche erforderlich wären, um zu einer Abweisung des Klägers zu gelangen — daß nämlich der Wechsel auf dem Wege des von dem jetzigen Kläger genommenen Regresses auf den Aussteller zurückgegangen und die Durchstreichung des Indossaments nur zufälliger Weise unterblieben ist — weder erwiesen, noch durch im Wechselprocesse zulässige Beweismittel erweislich, es vielmehr eben sowohl möglich ist, daß der von dem Aussteller nicht befriedigte Kläger dem Ersteren nur den Besitz des Wechsels anvertraut hat und das Indossament eben deshalb undurchstrichen geblieben ist, weil sich der jetzige Kläger seine Rechte aus dem Wechsel noch vorbehalten hat, und der Aussteller, ohne gegen ihn ein Unrecht zu begehen, die Durchstreichung nicht vornehmen durfte;

da nun zwar auch eine Einrede aus dem persönlichen dolus des Klägers erhoben, dieselbe aber nicht gehörig substantiirt, noch weniger in ihren factischen Voraussetzungen liquide gemacht ist, daher in dem gegenwärtigen Processe nicht attendirt werden kann;

da mithin auch über solche Einrede des persönlichen dolus des Klägers durch die Verurtheilung des Beklagten in dem gegenwärtigen Processe nicht entschieden wird, und es demselben unbenommen bleibt, falls er sich damit fortzukommen getraut, eine auf der persönlichen Theilnahme des jetzigen Klägers an dem von ihm, dem Beklagten behaupteten dolus gegründete Klage anzustellen:

daß das Erkenntniß a quo vom 20. August dieses Jahres, unter Compensation der Kosten beider Instanzen, aufzuheben und Bekl.

in die Bezahlung der Wechselsumme von Pr. Crt. ℛ 480, sammt Zinsen vom Verfalltage, den Protestkosten und 1/3 pCt. Provision zu verurtheilen; auch die Sache zur Execution zu verweisen.

No. 37.

In Sachen Dris. Banks m. n. J. S. Förster gegen Peter Wolff Hartmann; pcto. Pr. ℛ 521, 21 Sgr. (cf. Nr. 37 der Gerichtsztg., Handelsgericht Nr. 81) hat das Obergericht am 10. October erkannt:

Da zwar dem Kläger, insofern er seinen Anspruch auf ein vor Verfall auf den Wechsel gesetztes, auf seinen, des Klägers, Namen lautendes Indossament stützt, Einreden aus der Person des Ausstellers nicht entgegengestellt werden können;

da es aber zu den Fundamenten eines selbstständigen, wechselmäßigen Klagrechts aus einem protestirten Wechsel gehört, entweder daß derselbe durch den Inhaber bei Verfall protestirt oder daß er auf dem Wege des Regresses auf den Inhaber zurückgekommen ist, während jede andere Erwerbart eines protestirten Wechsels ein solches selbstständiges, wechselmäßiges Klagrecht nicht erzeugen, sondern nur die Wirkungen einer Cession oder eines Mandates haben kann;

da nun schon aus dem Wechsel selbst hervorgeht, daß derselbe von dem Domicilliaten unter Protest bezahlt ist, der beigebrachte Protest aber diesen Umstand bestimmt dahin präcisirt, daß der Wechsel zu Ehren des Traffanten intervenirt ist, durch diese Intervention aber aller und jeder Regreß gegen jeden anderen Wechselverbundenen, als den Traffanten, vollständig beseitigt ist;

da mithin, wie das Erkenntniß a quo vollkommen richtig hervorhebt, sowohl von der für die Begründung einer selbstständigen Klage wesentlichen Behauptung des Klägers, daß der Wechsel auf ihn auf dem Wege des Regresses zurückgekommen sei, als von seiner ferneren Angabe, daß er denselben dem Aussteller zu treuen Händen anvertraut habe, das gerade Gegentheil mit voller Liquidität feststeht, und es vollständig constirt, daß er in keinem Augenblick das selbstständige Recht eines Wechselinhabers besessen haben kann;

da an dieser Sachlage auch nicht das Geringste durch die Wendung geändert wird, welche der Kläger in seinem Appellations-Libell zu nehmen versucht, wenn er behauptet, einer seiner liberirten Nachmänner habe den Wechsel von dem Intervenienten, und er, Kläger, habe ihn von diesem Nachmann erworben, indem in einem solchen Vorgang, auch abgesehen von dessen geschäftlicher Zweckwidrigkeit und hoher innerer Unwahrscheinlichkeit, keinenfalls eine Einlösung des Wechsels liegen würde, die durch Einhändigung von Wechsel und Protest bewirkt werden könnte, sondern ein neues, dem Wechselverbande ganz fremdes Geschäft, zu dessen Documentirung der Nachweis eines zwiefachen Uebertragungs-Actes abseiten des Intervenienten an den Zwischenmann und abseiten des Zwischenmannes an den Kläger erforderlich wäre, es aber an jedem derartigen Nachweise gänzlich fehlt;

da mithin der Kläger zur Ausübung der Rechte des Intervenienten gegen den Acceptanten keinenfalls legitimirt erscheint, ein selbstständiges, wechselmäßiges Klagrecht eben so wenig besitzt und überhaupt in keiner Weise legitimirt sein würde, wenn man ihn nicht als durch das Indossament und den Besitz des Wechsels zur Ausübung der Rechte des Ausstellers mit dem Erkenntniß a quo legitimirt ansähe, er sich aber in dieser Stellung selbstverständlich die gegen den Aussteller geltenden Einreden gefallen lassen muß:

daß das Erkenntniß a quo vom 8. Septbr. dieses Jahres, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.
Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 43. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 25. October. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Kayser c. Kölling. — Dr. Ruhle c. Frau Kleindiek. — Nölting c. Fairweather. — Dr. Zumbach c. Woesthoff. — Obergericht: Joseph c. Bloch. — Schreiber & Mitau c. Berl.-Hamb. Eisenb.-Gesellschaft. — Oberappellationsgericht: Berenberg Goßler & Co. c. Heinemann. — Prätoren: Richter c. Polizei.

Handelsgericht.

No. 95.

In Sachen Theodor Kayser gegen John Kölling (cf. No. 40 der „Gerichts-Zeitung," Handelsgericht No. 89) hat die Erste Kammer des Handelsgerichts (Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Durrieu und Siemssen) am 21. October erkannt:

Da darüber kein Zweifel sein kann, daß das vorliegende scriptum, die Identität des Ausstellers und Acceptanten vorausgesetzt, als ein trassirt eigener Wechsel nicht gelten kann, weil nach Art. 6 der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung der Aussteller sich nur dann als Bezogenen soll bezeichnen dürfen, wenn die Zahlung an einem andern Orte, als dem Ausstellung geschehen soll,

da es sich somit nur fragt, ob das productum als eigener Wechsel angesehen werden darf?

da diese Frage aber zu verneinen ist und zwar 1) weil der Art. 7 der Wechsel-Ordnung sagt, daß aus einer Schrift, welcher eines der wesentlichsten Erfordernisse eines Wechsels fehlt, keine wechselmäßige Verbindlichkeit entstehen soll und weil diese Bestimmung im Art. 98 für eigene Wechsel ausdrücklich wiederholt ist,

2) weil nach Art. 96 zu den wesentlichen Erfordernissen eines eigenen Wechsels die Unterschrift des Ausstellers und der Name der Person gehört, an welche oder an deren Ordre er, der Aussteller, Zahlung leisten will,

3) weil darnach das Zahlungsversprechen des Ausstellers als Criterium des eigenen Wechsels anzusehen ist, die vorliegende Schrift aber ein solches Zahlungsversprechen des Ausstellers nicht, vielmehr deutlich die Zahlungsanweisung enthält, welche der Tratte eigenthümlich ist,

da somit weder ein eigener noch ein rechtsgültiger trassirt eigener Wechsel vorliegt, sofern nicht Aussteller und Acceptant verschiedene Personen sein sollten;

da dieser Fall nun, wenn er auch bei der genauen Uebereinstimmung der zu den öfter vorkommenden nicht gehörigen Namen und bei der ersichtlich völlig gleichen Handschrift eine Wahr-

scheinlichkeit nicht für sich hat, dennoch nicht unberücksichtigt bleiben darf, weil der Kläger erklärt hat, eventuell die Identität der Personen nicht zugeben zu wollen und weil, wäre solche wider Vermuthen nicht vorhanden, allerdings eine ganz förmliche Tratte vorliegen würde, welche zwar gegen den Aussteller John Kölling präjudicirt, gegen den Acceptanten John Kölling aber mit Recht noch geltend gemacht werden dürfte,

da unter diesen Umständen aber auch den klägerischen Aeußerungen dadurch genügend Rechnung getragen wird, wenn ihm nachgelassen bleibt, darzuthun, daß das vorgelegte Schriftstück trotz seines widersprechenden Ansehens eine wirkliche Tratte und daß der von ihm in Anspruch genommene Beklagte der Acceptant und eine andere Person ist, als der Aussteller,

daß das angefochtene Erkenntniß zweiter Kammer vom 27. September anni currentis wieder aufzuheben und reformatorie dahin zu erkennen,

daß Kläger, Implorat, mit seiner Klage unter Compensation der Kosten des Verfahrens, abzuweisen, er wollte und könnte denn — was er sodann innerhalb acht Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses, Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, bei Verlust der Beweisführung zu thun schuldig — den Beweis antreten,

daß der Beklagte der Acceptant des vorliegenden Wechsels und eine andere Person als der Trassant des Wechsels sei,

in welchem Falle sodann anders erkannt werden soll.

Gegen dieses Erkenntniß wird Kläger das Rechtsmittel der Contra-Restitution einlegen, über dessen Erfolg wir seiner Zeit berichten werden.

No. 96.

In Sachen Dr. Ruhle gegen Frau M. Kleindiek (cf. No. 41 der Gerichtszeitung., Handelsgericht No. 91) hat der Kläger gegen das Erkenntniß der ersten Kammer vom 29. September 1862 das Rechtsmittel der Restitution eingelegt, indem er eventualiter hervorhob, daß selbst bei Annahme einer der Wechselausstellung zu Grunde liegenden Intercession abseiten der Beklagten und selbst wenn man die auf solche Intercession gestützte Einrede auch dem dritten Wechselinhaber gegenüber attendiren wollte, die Beklagte doch mindestens für die Hälfte der Wechselschuld verhaftet bleibe, da eine abseiten der Frau neben ihrem Ehemanne und solidarisch mit demselben eingegangene Verbindlichkeit doch jedenfalls nur in soweit als eine ungültige Intercession erscheinen könnte, als die Frau durch Uebernahme solcher Verbindlichkeit auch für die den Ehemann treffende Hälfte der Schuld sich verpflichte, während ihre Verpflichtung für diejenige Hälfte der Schuld, welche ihr an und für sich zur Last fallen würde, durch jene für sie unwirksame solidarische Natur der Verbindlichkeit nicht aufgehoben werden könne (Vangerow Pandekten Bd. 3, Glück Commentar Bd. 14.)

Die Zweite Kammer des Handelsgerichts:

Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Stahmer und Schenck,

erkannte hierauf am 22. October 1862:

da, sofern die Beklagte das eheliche Vermögen mit ihrem Manne durch Unterzeichnung der Anlage 1 verpflichtet hat, diese Verbindlichkeit durch den Concurs des Ehemannes ihre weitere Regulirung findet und klagend nicht mehr geltend gemacht werden kann,

da, sofern die Beklagte ihr privatives Vermögen — ein solches vorausgesetzt — durch die Mitunterschrift der Anlage 1 hätte verbindlich machen wollen, in derselben eine Intercession für ihren Ehemann gefunden werden muß, welche nach hiesigem Rechte für ungültig zu erachten,

N. G., O. G. und O. A. G. Erkenntniß in Sachen Dr. Sutor m. n. c. Dr. Patow m. n. Sammlg. I. 1055 flgd.

indem zwar nicht aus jeder Handschrift der Frau auf einem Wechsel, aus welchem auch der Ehemann obligirt ist, eine Intercession für dessen Schuld gefolgert werden darf,

(cf. das Erkenntniß in Sachen Wilson c. Schmalfuß vom 21. December 1835 und 11. April 1836, Gries I. 299)

der Aussteller eines Solawechsels aber nur als Schuldner aus diesem Documente erscheint, und der Mitunterzeichnete dieser Erklärung ebenfalls keine Rechte aus der Urkunde erlangt, sondern für die übernommene Verbindlichkeit lediglich mitverhaftet ist, so daß also eine Intercession für den Ehemann, der einen Solawechsel ausgestellt, abseiten der Ehefrau, welche die Ausstellung mitunterzeichnet hat, nicht verkannt werden kann,

denn selbst dann, wenn das ursprüngliche Schuldverhältniß die Frau und deren privatives Vermögen allein angehen sollte, so ist doch durch die Ausstellung eines Solawechsels abseiten des Ehemannes für dasselbe eine Novation, aus welcher er als principaler Schuldner erscheint, erfolgt, und wenn die Ehefrau dieser Wechselschuld beitritt, so übernimmt sie doch immer die Schuld, die durch Novation eine Obligation ihres Mannes geworden,

und wenn die Frau für solche Wechselverbindlichkeit des Mannes als Selbstschuldnerin sich verbindlich macht, steht ihr die richtige Auffassung der Authentica Si qua mulier zur Seite, welche unter Anderm im N.-G. Erkenntniß Jepson c. Jepson 7. März 1851, Baumeister Privatrecht Pag. 390, auch für die selbstschuldige Bürgschaft anerkannt ist,

auch ist diese Einrede ohne Weiteres aus dem Wechsel selbst liquide, weil ihr thatsächliches Fundament sich aus der Mitunterschrift des Solawechsels ergiebt, sie kann also jedem Wechselinhaber entgegengestellt werden, und steht der Einrede nicht entgegen, daß die supponirte Valuta für den Wechsel, wenn sie in die eheliche Gütergemeinschaft geflossen ist, zum Nutzen der Frau mitverwandt sein mag, weil aus diesem Nutzen, der nicht dem separaten Vermögen der Frau zugekommen, das letztere nicht in Anspruch genommen werden kann, die thatsächlichen Angaben aber jedenfalls fehlen, aus denen eine Verwendung in ein abgesondertes Vermögen der Frau erkennbar wäre,

da sich hiemit auch die Aufstellung erledigt, daß das etwaige privative Vermögen der Frau im Gegensatz zum gemeinschaftlichen jedenfalls für die Hälfte der Wechselschuld verhaftet sei, indem dasselbe durch eine ungültige Intercession überhaupt nicht verbindlich wird, wie die Bemerkung nicht zu attendiren ist, daß Solidarschuldner, denen das Recht der Theilung zusteht — welche Einrede sich übrigens nur auf die solventen und der Klage zugänglichen Mitschuldner erstreckt — auch für diese Hälfte unbedingt verhaftet seien, da aus der Solidarität doch nicht folgt, daß nicht dem einen Mitschuldner Einreden erwachsen sein können, welche dem andern zur Seite nicht stehen:

daß das Erkenntniß der ersten Kammer vom 29. v. Mts. zu bestätigen und die Sache unter Verurtheilung des Imploranten in die Kosten dieser Instanz an die erste Kammer zurück zu verweisen.

No. 97.

In Sachen **Emile Nölting & Co.** gegen **James Fairweather** in Dundee modo Herrn Drem. J. D. **Alphons Trittau** mand. nom. **Alex. Nann** zu Dundee als gerichtlich ernannten Curator der Concursmasse des James Fairweather (cf. „Gerichts-Zeitung" 1861 No. 28, 1862 No. 1) erkannte die **Erste Kammer** des Handelsgerichtes, Präses: Herr Dr. **Sutor**, Richter: die Herren **Vogler** und **Mutzenbecher**, nachdem der Beklagte den ihm durch obergerichtliches Erkenntniß vom 20. December 1861 auferlegten Beweis durch Production eines Gutachtens zweier Schottischen Rechtsgelehrten, unter Bezugnahme auf einige frühere Entscheidungen in Hamburgischen Rechtssachen, angetreten, am 21. October 1862:

Da für den dem Beklagten im obergerichtlichen Erkenntnisse vom 20. December 1861 auferlegten Beweis das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom Jahre 1841 in Sachen Stansfield c. Horsfall's Assignees nur eine adminiculirende Bedeutung haben kann, weil in jenem Falle das in **England** geltende Recht in Frage stand, während es sich im vorliegenden Falle um das schottische, zu Dundee geltende Recht handelt;

da der dem Beklagten obliegende Beweis ebensowenig durch Bezugnahme auf den Fall geführt werden kann, welcher — mitgetheilt im ersten Bande des Archivs für das Handelsrecht — im Jahre 1815/16 zur Verhandlung kam, weil sich aus dem Erkenntnisse vom Januar 1816 nicht entnehmen läßt, daß der damals, wie im jetzt vorliegenden Falle, dem Impetraten auferlegte Beweis der Reciprocität für erbracht angesehen worden ist;

da dagegen aber der dem Impetraten obliegende Beweis durch das producirte Gutachten der beiden schottischen Rechtsgelehrten Moir und Gifford, dem sich die verschiedenen vorgelegten Erkenntnisse als Belege anschließen, für genügend erbracht angesehen werden muß, und zwar

1) weil dem Gutachten in formeller Beziehung voller Glaube beigelegt werden muß, nachdem einmal das Hanseatische Consulat in Edinburgh attestirt hat, nicht allein, daß die Verfasser ihm als ausgezeichnete Rechtsgelehrte bekannt, sodann auch, daß dieselben gesetzlich qualificirt und befugt seien (duly and legally qualified and licenced), über alle, das schottische Recht betreffenden Fragen Gutachten zu ertheilen, und zweitens die Kläger selbst die Tüchtigkeit und Glaubwürdigkeit der Verfasser an und für sich nicht bestritten haben;

2) weil das Gutachten die dem Beklagten zum Beweise verstellte Frage präcise **bejaht**, indem es sich dahin ausspricht, daß die Verfasser darüber vollständig klar und einig seien, daß es schottischen Gläubigern eines hamburgischen Kaufmannes, über dessen Vermögen in Hamburg gesetzmäßig der Concurs eröffnet worden sei, nicht zustehe, behufs ihrer abgesonderten Befriedigung dessen etwa in Schottland befindliches Eigenthum mit Arrest zu belegen, daß vielmehr die schottischen Gerichtshöfe jeden solchen etwa impetrirten Arrest zweifelsohne aufheben und den Vertretern der Gesammtcreditorschaft alle in Schottland belegenen Activa des Falliten zugesprochen würden;

3) weil dieses Gutachten ein klar motivirtes ist und sich außer auf die in Schottland für den Concurs geltenden Gesetze auf Präjudicate des obersten Gerichtshofes in Schottland und des englischen Oberhauses stützt, aus denen sich ergiebt, daß die Universalität und die Attractionskraft der **in England** ausgebrochenen Concurse nach den zur Zeit der angeführten Fälle in Schottland geltenden Rechten daselbst anerkannt wurde und daß, was für englische Concurse in Schottland für Rechtens erachtet worden ist, auch Geltung hat für Concurse, ausgebrochen in andern Ländern, weil in den schottischen Gerichtshöfen der Engländer einem Fremden gleich geachtet wird;

4) weil dieser letzte Grundsatz, durch welchen die vor-

gelegten Präjudicate für den vorliegenden Fall eine entscheidende Bedeutung erhalten, bestätigt wird durch die von den Klägern reprobando vorgelegte decision in Sachen Hunter & Co. c. Palmer und Willson, indem der Ausspruch des Gerichtshofes in dieser Sache allein darauf basirt, daß ein in England ausgebrochener Concurs für Schottland als ein in einem fremden Lande ausgebrochener gelten müsse;

5) weil die Kläger nicht im Stande gewesen sind, irgend welches brauchbare Gegenbeweismaterial vorzulegen, obwohl es ihnen offenbar in der ihnen dazu gelassenen Frist von circa zwei Monaten nicht hätte schwer fallen können, wäre das, was Moir und Gifford für Rechtens erklärt haben, nicht in der That den schottischen Rechten entsprechend, sich ein entgegengesetztes Gutachten anderer schottischer Rechtsgelehrten zu verschaffen;

6) weil der Hinweis der Kläger darauf, daß für Schottland im Jahre 1856 eine neue Bankerottir-Ordnung in Kraft getreten sei und daß die im Gutachten angezogenen Precedents alle aus früherer Zeit stammten, die Beweiskraft des Gutachtens zu verringern nicht geeignet ist, weil dieses selbst ersichtlich das jetzt geltende Recht im Auge hat und daher, wenn es auf frühere Entscheidungen Bezug nimmt, dadurch zugleich ausspricht, daß die neuere Gesetzgebung in Bezug auf die in Frage kommenden Rechtssätze eine Aenderung nicht getroffen habe, wie es denn auch den Klägern nicht möglich gewesen ist, aus der schottischen Bankrupty-Act vom Jahre 1856 irgend eine Bestimmung anzuführen, aus welcher ein Schluß darauf gestattet wäre, daß die schottischen Gerichte unter der Herrschaft dieser Acte über die Universalität und Attractionskraft eines auswärtigen Concurses anders sollten erkennen müssen, als sie vor Erlaß des Gesetzes erkannt haben;

7) weil endlich das beklagtischerseits beigebrachte Gutachten insofern durch die in dem früheren englischen Falle Stansfield c. Horsfall's Assignees producirten Gutachten eine Unterstützung findet, als es sich im Grunde um eine Frage des internationalen Rechts handelt und nach der seit dem Jahre 1707 zwischen England und Schottland bestehenden Real-Union und nachdem das englische Oberhaus auch zur höchsten Appellations-Instanz für schottische Rechtssachen geworden, nicht anzunehmen ist, daß einem fremden Concurse in Schottland eine geringere Bedeutung beigelegt werden sollte, als demselben von den Gerichtshöfen in England zugestanden wird:

daß der dem Beklagten im obergerichtlichen Erkenntnisse vom 20. December 1861 auferlegte Beweis für geführt zu erachten und demzufolge die von den Klägern am 8. Juni 1861 auf das Guthaben von James Fairweather in Dundee respective bei Hrn. Mantels & Co., Hr. J. W. Kück, Hr. H. W. de la Camp und Hrs. Pardo & Co. angelegten Arreste zu cassiren, die Kosten des Processes aber, soweit über dieselben nicht schon erkannt worden, zu compensiren seien.

No. 98.

In Sachen Dris. Zumbach gegen J. J. H. Woesthoff (cfr. No. 37 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 79) hat die erste Kammer des Handelsgerichts (Präses: Herr Dr. Sutor, Richter: die Herren Siemssen und Mutzenbecher) in Folge klägerischen Restitutionsgesuches vom 14. Octbr. 1862 erkannt:

da der Wechsel, wie derselbe vorliegt, gar nicht einmal den Namen des Ausstellers enthält,

da aber auch, falls den Kreuzen eine Notiz beigefügt wäre, worin dieselben als von dem Beklagten herrührend bezeichnet werden, dennoch die vorgelegte Urkunde nicht als ein rechtsgültiger Wechsel angesehen werden dürfte, weil die im Art. 94 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung vorgeschriebene Beglaubigung von Zeichen sich auf dem Wechsel selbst befinden muß:

vergl. außer den vom Anwalte des Beklagten in erster Instanz angeführten Rechtslehrern Volckmar und Loewig die deutsche Wechselordnung Pag. 352, Kletcke Encyclopaedie I. s. v. „Beglaubigung" Pag. 439 ff.,

daß das angefochte Erkenntniß zweiter Kammer vom 10. September a. c. unter Verurtheilung des Imploranten auch in die Kosten dieser Instanz lediglich zu bestätigen.

Obergericht.

No. 38.

In Sachen Israel Joseph gegen Jonas Bloch (cfr. No. 38 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 84) hat das Obergericht das Erkenntniß des Handelsgerichts am 10. October lediglich bestätigt.

No. 39.

In Sachen Schreiber & Mitau gegen die Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahn-Gesellschaft (cfr. No. 25 und No. 29 der „Gerichts-Zeitung") hat das Obergericht in Contra-Restitutorio das Erkenntniß der zweiten Kammer vom 4. Juli am 25. September lediglich bestätigt.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 22.

In Sachen J. Berenberg, Gosler & Co. gegen David Heinemann (cf. No. 6 und No. 33 der Gerichts-Zeitung von 1861) hat das Ober-Appellationsgericht in Lübeck am 11. October 1862 erkannt:

in Erwägung:

1) daß das Statut 2 u. 3 William IV., Chapt. 98, auf welches sich die Kläger zur Führung des ihnen auferlegten Beweises bezogen haben, schon an und für sich nach den, im Wesentlichen zu billigenden, erschöpfenden Ausführungen der vorigen Richter über dessen grammatische und logische Interpretation und dessen Verhältniß zu dem Processe Mitchel c. Baring, welcher Anlaß zu dem Gesetze gegeben, sowie zu dem bis dahin in England bestandenen Rechte kaum anders verstanden werden kann, als in dem Sinne, daß dadurch bei domicilirten nicht acceptirten Wechseln der Protest wegen Nichtzahlung im Domicile des Wechsels für zulässig hat erklärt werden sollen;

2) daß diese Auffassung auch nicht unerhebliche Bestätigung erhält durch die Marginalnote, welche zwar keinen Theil der Parlamentsacte selbst, aber doch ihres officiellen Abdrucks bildet, und als solcher ein immerhin sehr zu beachtendes Interpretationsmoment darbietet;

daß ferner

3) nicht nur zwei Londoner Notare, die als solche vorzugsweise geeignet erscheinen dasjenige zu bekunden, was in Beziehung auf Wechselproteste in England Rechtens ist, sich sehr entschieden für den obigen Sinn des fraglichen Statuts erklären, sondern nicht minder

4) die in den Acten für die eine und die andere Auffassung desselben in Bezug genommenen schriftstellerischen Autoritäten nicht blos nach der Zahl, sondern auch nach dem Werthe ihres Zeugnisses überwiegend auf Seiten der Kläger stehen, indem namentlich Chitty an verschiedenen Stellen seines Englischen Wechselrechtes sich sehr klar für die von den Klägern vertretenen Auslegung des Statuts ausspricht:

Chitty treatise on bills of exchange (ed 1859) p. 241, 250—51, 316 Index s. v. Presentment for payment u. Protest.

und darin von Bayley und Kent an den in den Acten nachgewiesenen Orten entschieden unterstützt wird, während der einzige Schriftsteller „Byles," welchen der Beklagte für seine Auffassung des Statuts anzuführen vermocht hat, in diesem Punkte als ein höchst unzuverlässiger Gewährsmann sich darstellt, indem er an der einen Stelle seines einschlagenden Werkes bei Anführung des Statuts grade die entscheidenden Worte „or may" ausläßt.

Byles treatise of the law of bills of exchange (ed. 1859) p. 221.

und an der anderen Stelle sogar den Inhalt des Statuts dahin angiebt, daß alle unacceptirten Wechsel, die der Bezogene an einem anderen als seinem Wohnorte zahlbar gemacht habe, an diesem Orte wegen Nichtzahlung protestirt werden müßten:

Byles l. c. p. 228;

daß endlich

5) die außerdem noch vom Beklagten beigebrachte gutachtliche Aeußerung eines angeblichen Sachführers Findall, schon weil aller Beglaubigung ermangelnd, in formeller Hinsicht, dem Inhalte

nach aber aus dem vom Obergerichte angeführten Gründe wegen völlig unzutreffender Motivirung überall nicht in Betracht kommen kann:

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 18. November 1861, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei.

Prätnren.

No. 15.

Zweite Prätur. Prätor: Herr Dr. Ullrich.

J. F. Richter als Redacteur der Reform (Dr. Banks) gegen die Polizei-Behörde (Dr. O. Schroeder.)

In No. 88 der Reform vom 23. Juli d. J. befand sich ein Inserat, welches verschiedene Atteste über weißen Brust-Syrup aus der Fabrik von G. A. W. Mayer in Breslau veröffentlichte und die Stellen angab, wo derselbe hier und in Altona zu haben sei. Am 24. Juli wurde dem Kläger als Redacteur des Blattes von der Polizei-Behörde die Wiederholung der Anzeige bei 5 Thlr. Strafe nach Maßgabe der Instruction des Gesundheitsraths vom 1. November 1851 sub 1 *) verboten; und verlangt derselbe nunmehr Aufhebung dieses Verbots.

Die Beklagte entgegnet: Sie wolle es der eigenen Entscheidung dieses Gerichts anheimgeben, ob dasselbe für die Klage competent sei oder nicht. Das Verbot selbst sei ganz den bestehenden Gesetzen gemäß. Der Mayersche Brustsyrup gehöre zu den zusammengesetzten Arzneimitteln; solche dürften aber nur von den Apothekern verkauft, auch nicht in unbefugter und prahlerischer Weise angekündigt werden, und sei die beklagtische Behörde durch Verordnung vom 5. Februar 1855 angewiesen, bei Contraventionen gegen jene Bestimmungen mit unnachsichtlicher Strenge einzuschreiten. Der Kläger habe um so weniger Grund zu einer Beschwerde, als ihm nicht einmal eine Strafe auferlegt, sondern nur erst eine Verwarnung zu Theil geworden.

Der Kläger replicirt: Dies Gericht sei allerdings competent; denn das Verbot vom 24. Juli sei kein strafrichterlicher Act, sondern eine Administrativverfügung, welche ihn in seinem Privatrechte insofern verletze, als sie ihm wenigstens vorläufig die durch wiederholten Abdruck der Anzeige zu erzielenden Insertionsgebühren entziehe. Eine Beschwerde gegen derartige Verfügungen sei aber nach der provisorischen Justizorganisation bei dem ratione summae competenten Gerichte erster Instanz anzubringen. — Das Verbot selbst verstoße gegen die durch Gesetz und Verfassung garantirte Preßfreiheit und sei völlig willkürlich erlassen, sei also weder formell noch materiell gerechtfertigt. Die Polizei könne möglicherweise berechtigt sein, die Aufnahme eines Inserats zu bestrafen; dieselbe bei Strafe verbieten dürfe sie nicht. Ueberdies sei der fragliche Brustsyrup keineswegs zu den eigentlichen „Arzneimitteln" zu rechnen; sein Verkauf und die Ankündigung desselben müßten also Jedem frei stehen.

Erkannt:

Da nicht zu verkennen ist, und auch von der beklagten Behörde nicht bestritten wird, daß das in Rede stehende Verbot des Polizeiherrn vom 24. Juli d. J., dessen Aufhebung der Kläger beantragt, demselben einen privatlichen Nachtheil zufügt, indem es ihn verhindert von der verbotenen Anzeige fernere Insertions-Gebühren einzunehmen,

da die Entscheidung der Sache vor Allem davon abhängt, ob dieses Verbot den Character einer richterlichen Verfügung hat oder nicht, indem nach dem provisorischen Gesetz über das Verfahren in streitigen Verwaltungs- und Regierungssachen de 1859 nur im letzteren Falle das von dem Kläger hier eingeschlagene Verfahren an sich statthaft wäre,

da nun allerdings der Umstand, daß dies Verbot augenscheinlich durch die Gesetzwidrigkeit der fraglichen Anzeige begründet werden sollte, darauf hinführt, daß der Polizeiherr in seiner Eigenschaft als Strafrichter erkennen, jedoch nur aus Rücksichten

---

*) Es wird dort erläutert, was unter „unbefugter und prahlerischer Ankündigung von Arzneimitteln" zu verstehen sei.

der Milde den Kläger nicht sofort verurtheilen, sondern demselben nur die Wiederholung der Anzeige bei Strafe untersagen wollte,

da auch die Competenz der Polizeibehörde, über Vergehen dieser Art ein Strafurtheil abzugeben, keinem Zweifel unterliegt, weil es sich hier nicht um ein reines Preßvergehen, sondern um ein auch gegen andere strafandrohende Gesetze — namentlich die Medicinalordnung de 1818 und die Senatsbekanntmachung de 5. Februar 1855 — verstoßendes Vergehen handeln würde, in welchem Falle nach dem Preßgesetz de 1849 § 12 die ordentlichen Criminalbehörden ihre Competenz behalten und auch für die Entscheidung des in dem Delict mit enthaltenen Preßvergehens zuständig sind,

da jedoch, wie das Erkenntniß des Obergerichts de 25. April 1862 in S. Dr. Beyer c. die Polizei-Behörde*) anerkannt hat, für die Entscheidung der Frage, ob die angefochtene Verfügung einer Behörde richterlicher Natur sei oder nicht, nicht sowohl die Ansicht dieser Behörde, als vielmehr der Inhalt und die Bedeutung der Verfügung selbst maßgebend ist,

da nun ein strafrechtliches Erkenntniß wesentlich die Eigenschaft hat, daß sich dasselbe lediglich auf eine vergangene Handlung, auf deren criminalrechtliche Beurtheilung oder auf die zu deren Herbeiführung erforderlichen Maaßregeln, auf die Untersuchung, bezieht, — während der Zweck, für künftige Vergehen eine Norm aufzustellen, mit dem Wesen der Rechtspflege nicht im Einklange stehen würde, weil für die Richter ausschließlich das Recht, nicht ein früheres in einem ähnlichen Falle abgegebenes Erkenntniß maaßgebend sein kann, letzteres vielmehr nur in sofern zu berücksichtigen ist, als dasselbe ein besseres Verständniß des Rechts befördert,

da jedoch die hier vorliegende Verfügung, wenn sie auch implicite einen Verweis gegen den Kläger enthielt, doch in ihrem hauptsächlichen und gerade bei der angestellten Klage in Betracht kommenden Inhalte sich auf künftige Wiederholungen der Anzeige bezieht, dieselben im Voraus untersagt und mit Strafe bedroht,

da mithin dem Vorbemerkten nach das in Rede stehende Verbot für eine richterliche Verfügung nicht gehalten werden kann, vielmehr eine polizeiliche Verfügung ist, und zwar nicht nur eine medicinal-polizeiliche, sondern auch eine preßpolizeiliche, indem sie den Zweck hat, einer künftigen Anpreisung des empfohlenen Brust-Syrups in der Presse vorzubeugen,

da indessen das Preßgesetz de 1849 die Polizeibehörde zum Erlaß eines solchen Verbots nicht ermächtigt,

da auch nicht wird behauptet werden können, daß der Polizei noch weitere Befugnisse der Presse gegenüber zustehen, als sich in diesem Preßgesetz angegeben finden, indem vielmehr dieses Gesetz augenscheinlich dazu bestimmt war, die preßpolizeilichen Befugnisse der Polizeibehörde genau festzustellen und zu begrenzen, worauf auch der zweite Satz des § 30 hinführt,

da sich auch nicht verkennen läßt, daß die Berechtigung der Polizei-Behörde zur einseitigen ohne Zuziehung der Gerichte geschehenden Erlassung einer solchen Präventivmaaßregel dem Geist und Zweck jenes Gesetzes — siehe namentlich den § 32 desselben — widersprechen würde,

da mithin die in Rede stehende Verfügung der Polizei-Behörde allerdings formell als nicht zulässig erscheint, und daher auf die Frage, ob die fragliche Anzeige über den Brust-Syrup den Vorschriften der Medicinalordnung und der Senatsbekanntmachung de 5. Februar 1855 zuwiderlaufe, nicht eingegangen zu werden braucht,

daß das Verbot der Polizei-Behörde de 24. Juli d. J. wieder aufzuheben, dieselbe auch zu verpflichten sei, dem Kläger die Proceßkosten zu bezahlen.

---

*) cf. No. 35 der „Gerichts-Zeitung".

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 57.
Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 44. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 1. November. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. May c. Cohn. — Obergericht: Die Untersuchungssache gegen Gumprecht. — Himmelheber c. Rosenberg. — Präturen: Krohnsneft c. Goslinsky.

Handelsgericht.

No. 99.

Zweite Kammer. Audienz vom 4. October 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann. Richter: die Herren Krogmann und Tesdorpf.

Dr. May m. n. H. Berger in Stuttgart gegen Julius Cohn (Dr. D. Hertz).

Der Kläger verlangt die Bezahlung eines Restbetrages von Pr.℔ 74. laut Rechnung (Anl. 1) für dem Beklagten verkaufte und gelieferte conserv. Natur-Früchte; nachdem Beklagter auf den ursprünglichen Betrag der Rechnung eine à Conto Zahlung von Pr.℔ 42. geleistet habe.

Beklagter wendet ein: Die ihm vom Kläger verkaufte Waare sei größtentheils völlig unbrauchbar gewesen, er habe dieselbe daher dem Kläger zur Verfügung gestellt, und habe sich Kläger in mehreren Briefen (Anl. A und B) mit der Rücknahme der Früchte einverstanden erklärt. Er habe nur einen geringen Theil der Früchte verwerthen können, für welche dem Kläger nach Abzug von Fracht und Spesen, sowie von 5 pCt. Sconto die Summe von Pr.℔ 42. zugekommen. Von den übrigen Früchten seien mehrere Gläser theils durch Zerspringen derselben, theils durch völligen Verderb des Inhalts gänzlich entwerthet worden. Bei einer spätern Anwesenheit in Hamburg habe Kläger den ihm zukommenden Betrag von Pr.℔ 42. persönlich ohne Vorbehalt in Empfang genommen und ein Inventar über die noch vorhandenen Früchte aufgenommen. Der vom Kläger aufgestellte Anspruch sei somit gänzlich unbegründet.

Kläger entgegnet: Die Früchte seien dem Beklagten in völlig gutem und contractmäßigem Zustande zusandt worden, dennoch habe er sich damit einverstanden erklärt, daß Beklagter die ganze Partie, welche ein Assortiment bildete, zur Disposition stellte. Nun aber habe Beklagter über einen Theil der Waare seinerseits verfügt, sei also keineswegs berechtigt, einen andern Theil dieser ein Ganzes bildenden Sendung jetzt zu refusiren. Namentlich habe Beklagter sich die besten Sorten ausgesucht und mache jetzt den unstatthaften Versuch, die schlechteren Sorten des nur als Ganzes zu verwerthenden Assortiments zurück zu geben. Er leugne, daß er sich nach einer theilweisen Disposition des Beklagten über die Früchte mit der Rücknahme des Restes einverstanden erklärt habe.

Erkannt:

Da fungible Sachen, wenn sie in einem Preise verkauft sind, wie die hier in Rede stehenden

216 Gläser conservirter Natur-Früchte pr. Glas zu 11 Sgr. als eine Gattung facturirt worden, ohne ein besonderes Interesse des Lieferers daran, daß das Ganze zurückgegeben werde, theilweise aufgeschossen und zurückgegeben werden können, während ein Theil der Waare zum facturirten Preise übernommen wird,

wie sich dies daraus ergiebt, daß selbst wenn der Kaufpreis bezahlt worden, der Käufer, wenn sich ein Theil der angekauften Sachen als fehlerhaft ausweist, nicht sämmtliche Sachen, sondern nur den fehlerhaften Theil derselben zu redhibiren berechtigt ist, falls nicht besondere Gründe eine Trennung des fehlerfreien vom fehlerhaften unzulässig machen,

l. 38 § 12 de aedil. edicto 21, 2

wie denn auch der umgekehrte Satz, daß der Käufer eine theilweise Lieferung fungibeler Sachen annehmen muß, unter der obigen Beschränkung festgestellt ist durch Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß in Sachen Mämpel c. Schwieger & Hätwetson 19. Juli 1844,

da auch der Kläger nach Inhalt seines Briefes vom 15. December 1860 die Sache nicht anders aufgefaßt hat, denn wenn er auch zunächst mit der theilweisen Verwendung der Waare nicht einverstanden ist, so will er doch seine anderweitigen Anstellungen dieser Waare zurückziehen und falls dies Erfolg hat mit neuer Factura aufwarten, vermag aber nicht zu behaupten, daß sich andere Abnehmer gemeldet haben, und ist die Behauptung, daß die 100 besten Sorten ausgesucht worden, die 116 geringeren aber retournirt werden sollten (Brief vom 30. December 1861) nach Inhalt der Factura überall nicht zu attendiren,

da ferner nach den klägerischen Schreiben vom 6. December 1860 und 15. December 1860 ein Beweis, daß die aufgeschossene Waare dem Contracte nicht entsprach nicht mehr erforderlich ist, weil der Kläger sich die Stellung zur Verfügung gefallen ließ, ein solches Anerkenntniß für die ganze Partie aber auch für jeden Theil derselben Gültigkeit haben muß,

da aber der Beklagte nicht befugt zu erachten von den geständlich veräußerten 85 Gläsern à 11 Sgr. beliebige Abzüge zu machen, zu den geschuldeten Pr. ℛ︀ 59. 5 Sgr. (Brief vom 8. Januar 1861) vielmehr noch die Facturaspesen auf die getrockneten Früchte mit Pr. ℛ︀ 2 24 Sgr. und Pr. ℛ︀ 1 15 Sgr. und auf die 85 Gläser mit Pr. ℛ︀ 1 15 Sgr. im Ganzen Pr. ℛ︀ 5 24 Sgr. hinzuzulegen sind, so daß auf die schuldigen Pr. ℛ︀ 64 29 Sgr. nur Pr. ℛ︀ 42 als bezahlt angesehen werden dürfen,

daß Beklagter 22 ℛ︀ 29 Sgr. sammt Zinsen vom Klagetage, innerhalb 8 Tage sub poena executionis dem mandatario nomine Kläger zu bezahlen schuldig, auch in gleicher Frist sub praejudicio der Bezahlung des Facturenbetrages die restirenden 131 Gläser conservirte Naturfrüchte nach klägerischer Verfügung auszuliefern habe, es sei denn, daß er hinsichtlich der nicht zurückgelieferten Gläser darthun könnte,

daß dieselben durch inneren Verderb, oder casuelles Ereigniß zu Grunde gingen, und solchen Beweis, vorbehältlich klägerischen Gegenbeweises, in gleicher Frist antreten wollte.

Die Proceßkosten werden compensirt.

Obergericht.

No. 40.

Die Untersuchungssache gegen H. M. Gumprecht.

Bei Gelegenheit einer polizeilichen Untersuchung gegen den Oberwächter Menge, welcher sich der Cognition des Obergerichts unterworfen hatte, wurde H. M. Gumprecht durch obergerichtliches Erkenntniß vom 8. August d. J. zur Zahlung einer Geldstrafe von Cour. ℔ 150 verurtheilt, da er für ein dem Menge auf zwei Jahre gemachtes Darlehn von Cour. ℔ 600 8 pCt. jährliche Zinsen vorweg abgezogen und sich dadurch des Wuchers schuldig gemacht habe. Gumprecht supplicirte gegen dieses Erkenntniß durch seinen Mandatar Dr. Gompertz an das Obergericht, indem er principaliter jenes Urtheil als nichtig angriff, eventualiter aber das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung gegen dasselbe benutzte.

Nichtig sei das Erkenntniß vom 8. August aus

drei Gründen. Zunächst sei keines der denselben zu Grunde liegenden, ihn betreffenden Protocolle von ihm unterschrieben; ja dieselben seien, obgleich sie mit dem V. G. (Vorgelesen, Genehmigt) des Criminalactuars versehen worden, ihm nicht einmal vorgelesen. Sodann seien die Untersuchungsacten ganz plötzlich geschlossen worden, ehe er die zur vollständigen Aufklärung des thatsächlichen Verhältnisses ihm zu Gebote stehenden Beweise habe beibringen können. Endlich sei ihm durch diesen plötzlichen Actenschluß auch die Möglichkeit genommen, die Behandlung der Sache im Wege des fiscalischen Processes rechtzeitig zu fordern, wozu er als hiesiger Bürger unzweifelhaft berechtigt gewesen sein würde. — Das thatsächliche Verhältniß aber sei in Wahrheit gewesen, daß Menge das Geld nur durch seine (Gumprechts) Vermittelung von einem Dritten zu 6 pCt. p. a. geliehen erhalten, und daß er sich für diese Vermittelung sowie dafür, daß er dem Darleiher gegenüber del credere gestanden, eine Provision von im Ganzen 2 pCt., also 12 ℔, berechnet habe. Darin liege überall kein Wucher; und schlimmstenfalls würde, selbst wenn man die 6 pCt. p. a. und die einmaligen 2 pCt. für zwei Jahre zusammenrechnen und die Summe dieser gar nicht zusammengehörigen Procente als Zinsen ansehen wolle, immer nur ein jährlicher Zinsfuß von 7, und nicht von 8 pCt. sich ergeben, wodurch jedenfalls die Größe und damit auch die Strafbarkeit des Wuchers, falls überall in der ganz üblichen Annahme von 7 pCt. Zinsen ein solcher liegen sollte, eine geringere werden müsse.

Das Obergericht erkannte hierauf am 25. October d. J.:

1) Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde betreffend:

da in dem Umstande, daß in der wieder den Supplicanten geführten Untersuchung die Protocolle über die Aussagen desselben nicht vor dem Supplicanten unterzeichnet worden sind, ein Mangel des Untersuchungs-Verfahrens nicht zu finden ist, indem weder das gemeine noch das statutarische Recht vorschreibt, daß zur Gültigkeit eines Untersuchungs-Protocolls die Mitunterschrift des vernommenen Inquisiten erforderlich sei;

da der Supplicant ferner zwar behauptet, daß die in den Untersuchungs-Acten sich findenden Protocolle über seine Aussagen ihm auch nicht durch den Inquirenten am Schlusse der Verhöre vorgelesen und dieselben daher auch nicht von ihm, dem Supplicanten, genehmigt worden seien, diese Behauptung sich aber dadurch, daß unter jedem der gedachten Protocolle, zum Beweise, daß dieselben vorgelesen und genehmigt worden sind, die Buchstaben V. G. von der Hand des Inquirenten geschrieben stehen, bereits widerlegt findet;

da ferner, wenn der Inquirent wirklich nach dem Schlusse der Untersuchungs-Acten sich geweigert haben sollte, auf den Antrag des Supplicanten die Untersuchung wegen eines neuen Vorbringens desselben wieder aufzunehmen, der Inquirent hierin ganz richtig gehandelt haben würde, indem nach dem Schlusse einer Untersuchung ein Antrag auf deren Wiedereröffnung nur bei dem Richter, welchem die Entscheidung über das inquirirte Vergehen zusteht, zu stellen ist;

da endlich auch dem Supplicanten darin nicht beizupflichten ist, daß ihm als Hamburgischem Bürger auch in dem vorliegenden Strafverfahren, wegen Wuchers, das Recht zugestanden habe, sich dem Spruche des Obergerichts in erster Instanz durch die Wahl des fiscalischen Prozesses zu entziehen;

da nämlich die Bestrafung des Wuchers früher nach Art. 3. Stat. I. 3 ohne eine Beschränkung in Bezug auf die Größe des Vergehens zur Competenz der Gerichtsverwalter, oder, wie sie später genannt wurden, der Prätoren, gehörte;

da ferner durch den Raths- und Bürger-Schluß vom 15. Februar 1821 die ehemals den Prätoren competirende Polizei-Aufsicht und damit selbstverständlich auch die entsprechende Strafcompetenz der neueingesetzten Polizeibehörde übertragen wurde;

da auch die jetzige Polizeibehörde hiernach bei wucherischen Geschäften von jeder Größe, welche zu ihrer Kenntniß kommen, die in der, Art. 2. Stat. I. 20, angezogenen Vorschrift der Reichspolizei-Ordnung bestimmte Strafe zu erkennen befugt ist, so daß die in der Verordnung vom 9. Juni 1826, sub 3 b, enthaltene Beschränkung der polizeilichen Strafcompetenz auf die Bestrafung des Wuchers keine Anwendung findet;

da nun nach § 14 sub 2 des provisorischen

Justizgesetzes vom 28. September 1860 ein hiesiger Bürger nur dann den fiscalischen Prozeß zu verlangen berechtigt ist, wenn eine die polizeiliche Competenz übersteigende Strafsache vorliegt, dies aber nach der obigen Ausführung, so oft es sich um die Bestrafung des Wuchers handelt, niemals der Fall ist;

da somit auch das Obergericht berechtigt war, in der gegenwärtigen Sache den Supplicanten wegen Wuchers in eine den Betrag von 45 ℔ übersteigende Geldstrafe zu verurtheilen, ohne denselben vorher darüber befragen zu lassen: ob er etwa den fiscalischen Proceß verlangen wolle, wie denn das Obergericht nicht bloß früher, sondern auch seit der Einführung des provis. Justizgesetzes bereits in mehreren ähnlichen Fällen das gleiche Verfahren beobachtet hat, so namentlich gegen den Supplicanten selbst, in einem Erkenntniß vom 16. März 1861, durch welches derselbe schon einmal wegen Wuchers in eine Geldstrafe von Bco℔ 75 und Ct℔ 100 verurtheilt wurde;

da demnach das angefochtene obergerichtliche Erkenntniß aus keinem der vom Supplicanten aufgeführten Gründe für nichtig zu erachten ist:

daß die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als eine ungerechtfertigte zu verwerfen.

2) Die weitere Vertheidigung betreffend:

da der Supplicant jetzt behauptet und sich zu beweisen erbietet, daß er dem p. Menge das im Erkenntniß vom 8. August d. J. gedachte Darlehen nicht selbst gemacht, sondern daß er dasselbe nur gegen eine Provision von zwei Procent dem p. Menge von einer dritten Person verschafft habe;

da nun, wenn es sich mit diesem Geschäfte wirklich solchergestalt verhalten haben sollte, der Supplicant sich allerdings eines Wuchers nicht schuldig gemacht haben würde, und daher dem Supplicanten durch Wiederaufnahme der Untersuchung zur Bewahrheitung seines neuen Vorbringens Gelegenheit zu geben ist:

daß das obergerichtliche Erkenntniß vom 8. August d. J. für jetzt, wiewohl seiner etwaigen Wiederherstellung vorbehältlich, wieder aufzuheben und die Untersuchungs-Acten, unter Beischluß der „Weiteren Vertheidigung" des Supplicanten, an den Chef der Polizei, Herrn Senator Petersen Dr., einzusenden, mit dem Ersuchen, betreffs der von dem Supplicanten in seiner „Weiteren Vertheidigung" aufgestellten neuen Behauptung die polizeiliche Untersuchung wieder aufnehmen zu lassen.

No. 41.

In Sachen H. Himmelheber gegen J. Rosenberg (cf. Nr. 21 der Gerichtszeitung. Handelsgericht No. 36) hat in Folge beklagtischer Appellation gegen das Handelsgerichtliche Erkenntniß das Obergericht am 24. October erkannt:

da, wenn der fragliche Tröbelvertrag der klägerischen Behauptung gemäß abgeschlossen wurde, der Beklagte sich also verpflichtete, den bedungenen Preis nach Ablauf eines Jahres vom Tage der Factura angerechnet in Hamburg zu zahlen und gleichzeitig den nichtverkäuflichen Theil der Waare daselbst auszuliefern, der Kläger die ihm zu spät offerirte Waare zurückweisen kann, indem es im Handelsverkehr als stillschweigend erklärter Parteiwille angesehen werden muß, daß der Empfänger, sobald für die Rückgabe ein fester Termin bestimmt ist, die Befugniß, sich durch Rücklieferung zu befreien, mit Ablauf der bedungenen Frist verliert.

cf. auch l. 11 § 1. de legatis (31).

Da sich hingegen die Sache anders gestaltet, wenn die Uebereinkunft der Parteien dahin ging, daß der Beklagte ein Jahr zum Verkauf der Waare in Valparaiso, eingeräumt erhalten, und nur verbunden sein sollte, nach Ablauf der Frist die schuldigen Gelder zu remittiren und die nicht verkäufliche Waare dem Kläger zurückzusenden

da unter dieser letzten Voraussetzung der Beklagte zwar gehalten war, ohne rechtswidrigen Verzug zu verfahren, dieser Verpflichtung indeß durch die am 2. October 1861 erfolgte Absendung Genüge geleistet sein würde, indem dem Beklagten eine rechtswidrige Verzögerung zumal unter den von ihm dargelegten Umständen selbst für den Fall nicht füglich vorgeworfen werden könnte, daß die ihm zum Verkaufe eingeräumte Jahresfrist nicht

von Ankunft der Waare in Valparaiso, sondern vom Tage der Factura an zu berechnen ist,

da nun allerdings mit dem Handelsgerichte angenommen werden muß, daß der klägerische Brief vom 28. August 1860, welcher für den streitigen Inhalt der Uebereinkunft zunächst maßgebend ist, ungeachtet seiner nicht ganz correcten Fassung an sich und abgesehen von sonstigen geeigneten Anhaltspuncten der klägerischen Intention entsprechend zu interpretiren sein würde

da jedoch hierdurch nicht die Nachweisung von Umständen ausgeschlossen ist, aus denen sich ergiebt, daß in Wahrheit die beiderseitige Absicht eine andere gewesen sei, indem der durch Interpretation ermittelte muthmaßliche Wille nicht weiter in Betracht kommt, sobald der davon abweichende wirkliche Parteiwille anderweit dargethan wird.

Da zu dem Ende von dem Beklagten die beiden Behauptungen aufgestellt sind,

1) daß bei dem Abschlusse speciell bedungen sei, es solle am Schlusse des Jahres nicht die Auslieferung in Hamburg, sondern die Rücksendung von Valparaiso erfolgen und außerdem als Anfangspunct der Frist die Ankunft der Waare in Valparaiso gelten

2) daß der Kläger die beklagtische Ansicht über den Ablauf der Frist durch Nichtbeantwortung des beklagten Schreibens vom 16. März 1861 stillschweigend genehmigt habe

da das Handelsgericht beide Behauptungen für irrelevant erklärt, die erstere, weil der Beklagte das klägerische Schreiben vom 28. August 1860 angenommen habe, ohne sich gegen dessen von der mündlichen Uebereinkunft angeblich abweichenden Inhalt zu verwahren; die zweite, weil aus dem Schreiben des Klägers nicht gefolgert werden könne, daß derselbe in eine Abänderung der getroffenen Vereinbarung habe einwilligen wollen,

da jedoch dieser Ansicht nicht beigetreten werden kann, in Erwägung, daß

ad 1) von einer zweifellosen Abweisung nur in sofern die Rede sein könnte, als nach beklagtischer Behauptung die mündliche Verabredung den Anfangspunkt der Jahresfrist auf die Ankunft der Waare in Valparaiso verstellt haben soll, indem allerdings das klägerische Schreiben vom 28. August 1860 über diesen, nach Obigem nicht weiter relevanten, Umstand keine Andeutung enthält,

daß hingegen bezüglich der Frage, ob am Ende des Jahres der Act der Auslieferung in Hamburg oder nur die Absendung von Valparaiso erfolgen solle, die stillschweigende Genehmigung eines veränderten Vertragsinhaltes jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn die von dem Beklagten behauptete specielle Verabredung wirklich Statt gefunden hat, da in diesem Falle der Beklagte annehmen durfte, daß durch das klägerische Schreiben vom 28. August 1860 lediglich der Inhalt der mündlich getroffenen Uebereinkunft, wenn auch in einer nicht völlig präcisen Fassung, wiederholt werden sollte, und ihm aus einer solchen Annahme um so weniger ein Vorwurf gemacht werden kann, als der Kläger in dem gedachten Schreiben auf die mündliche Uebereinkunft ausdrücklich Bezug nimmt und der Beklagte daher nicht einmal zu der Vermuthung, daß von dem Kläger eine Aenderung des abgeschlossenen Vertrages beabsichtigt werde, dringende Veranlassung hatte,

daß demnach, wenn der Beklagte die von ihm behauptete specielle Verabredung darzuthun vermag, hierin nur ein Moment gefunden werden kann, wodurch der Ausdruck im klägerischen Schreiben erläutert und näher bestimmt wird,

in fernerer Erwägung:

ad 2) daß der Beklagte in dem Schreiben vom 16. März 1861 mit der Anzeige, er werde nach Ablauf des für die klägerische Consignation bestimmten Termines jedenfalls die ihm unverkäuflich scheinenden Stücke zurücksenden, zugleich die Anfrage verbindet ob er auch die Nummern, für welche noch Aussicht zum Verkaufe sei, zu retourniren habe,

daß die handelsgerichtliche Argumentation nur auf diese letztere Anfrage anwendbar erscheint, indem nur bezüglich dieser Nummern eine Abänderung der getroffenen Uebereinkunft angeregt wird,

daß dagegen in Bezug auf die Absendung nach Ablauf des bestimmten Termines von dem Vorschlage einer Abänderung in keiner Weise die Rede sein kann, vielmehr in dem Schreiben nur eine Eröffnung des Beklagten darüber, wie der letztere

den Vertrag und die ihm danach obliegenden Verpflichtungen auffaßte, enthalten ist,

daß der Kläger aus diesem Schreiben ersah, der Beklagte welcher, so weit ersichtlich, in gutem Glauben handelte, werde jedenfalls erst nach Ablauf des Jahres die Waare zurücksenden, und folgeweise erst zu einer Zeit hier ausliefern können, wo der Kläger die Annahme verweigern wollte oder wo wenigstens die Annahme oder Zurückweisung von seiner Convenienz abhängen würde,

daß unter solchen Umständen die im Geschäftsverkehr herrschende Sitte es erheische, die entgegengesetzte An- und Absicht auszusprechen,

daß also auch der Kläger falls er mit dem Beklagten nicht einverstanden war, seinen Dissens am Wenigsten im vorliegenden, vorzugsweise auf Treu und Glauben berechneten Verhältnisse verschweigen durfte, indem der Beklagte nach Eingang eines solchen Dissenses erwägen konnte, ob er bei seiner Auffassung beharren oder statt dessen es vorziehen wolle, die Waare zeitig genug zu expediren oder, wenn dies unthunlich erschien, die Rücksendung ganz zu unterlassen,

daß aus diesen Gründen der Kläger, welcher den Empfang des beklagtischen Schreibens vom 16. März 1861 einräumt, als mit dem Inhalte desselben und folgeweise mit der beklagtischen Auffassung einstimmig anzusehen ist, in sofern er seine von dem Beklagten bestrittene Behauptung, daß er jenes Schreiben durch den von ihm abschriftlich producirten Brief vom 14. Mai 1861 beantwortet habe, nicht darzuthun vermag,

wobei es übrigens nur auf die ordnungsmäßige unverzögerte Absendung ankommt, indem es dem Kläger nicht zur Last fallen kann, wenn ohne sein Verschulden dieses Antwortschreiben dem Beklagten nicht zu Händen gekommen sein sollte,

da endlich, was die letzte beklagtische Beschwerde betrifft, zwar den handelsgerichtlichen Rechtsgründen vollständig beigepflichtet werden muß, so daß der Beklagte, wenn er die Waare Ende August 1861 hier auszuliefern hatte, also bei nicht erfolgter Rückgabe von dieser Zeit an als Käufer zu betrachten wäre, nach hiesigem Rechte nur unter dem im handelsgerichtlichen Erkenntnisse aufgeführten Voraussetzungen mit Monituren wegen zu geringen Goldgehalts der Waaren Gehör finden kann

da jedoch der Beklagte bereits in erster Instanz vorgetragen hat, daß der Kläger von Anfang an nicht anders beabsichtigt habe, als den Verkauf zu leichter, d. h. weniger als 14 Karat haltender Goldsachen zu erzwingen,

da es mithin an genügendem Grunde fehlt, dem Beklagten den Beweis der jetzt mit der größten Bestimmtheit aufgestellten Behauptung abzuschneiden, daß der Kläger wissentlich Waare von zu geringem Goldgehalt geliefert habe,

da übrigens selbstverständlich dieser so wie der vorhin ad 1 erwähnte beklagtische Beweis nur für den Fall nothwendig ist, wenn der Kläger den ad 2 gedachten Beweis nicht erbringen sollte,

daß unter Aufhebung des angefochtenen handelsgerichtlichen Erkenntnisses vom 12. Mai d. J. und unter Compensation der Kosten dieser Instanz sowie unter Verstellung der zeither in erster Instanz erwachsenen Kosten zur Endentscheidung die Partheien binnen 8 Tagen von Eintritt der Rechtskraft dieses Erkenntnisses angerechnet folgende Beweise — Gegenbeweis vorbehältlich — bei dem Gerichte erster Instanz anzutreten haben:

der Kläger:

daß und wann er das Original des von ihm in Abschrift producirten Briefes vom 14. Mai 1861 ordnungsmäßig an den Beklagten nach Valparaiso abgesandt habe

der Beklagte und zwar alternative:

entweder

daß er bei dem Contractabschlusse mit dem Kläger speciell verabredet habe, die bis zum Ablaufe eines Jahres in Valparaiso nicht verkaufte Waare solle dem Kläger alsdann durch den Beklagten von dort zurückgesandt werden

oder

daß die in Rede stehenden Goldwaaren nur 13 Karat oder weniger halten und der Kläger hiervon Kenntniß gehabt habe.

Präturen.

No. 16.

Zweite Prätur. Prätor: Herr Dr. Ullrich.

L. Krohnsneft (Proc. Hahn) gegen Goslinsky (Dr. Oppenheimer).

Der Kläger verlangt vom Beklagten Deposition der vom 1. Mai bis 1. November laufenden halbjährlichen Miethe mit Ct. 67 ℔ 8 ß, da Beklagter in die zum 1. Mai gemietheten Wohnung nicht eingezogen sei.

Beklagter opponirt, daß er die Wohnung einem Verdinsky in Aftermiethe gegeben habe, dieser auch in die Wohnung eingezogen sei. Das Recht des Hauswirths vom Miether, der in die gemiethete Wohnung nicht einziehe, Deposition der Miethesumme zu verlangen, sei ihm nur als Surrogat für das ihm sonst an den Illaten des Miethers zustehende Pfandrecht gegeben. Ein solches Pfandrecht an den Illaten habe Kläger aber dadurch erlangt, daß der Aftermiether mit seinen Mobilien eingezogen sei, da ja auch diese für den Miethepreis hafteten. Die Illaten des Verdinsky seien auch bedeutend mehr als die am 1. Mai fällige Miethe werth, jedenfalls mehr als die Mobilien des Beklagten, der, erst kürzlich abgebrannt, sich nur das Nothdürftigste angeschafft habe. Es komme hinzu, daß Kläger, als Beklagter ihm von der mit Verdinsky vorgenommenen Aftermiethung in Kenntniß gesetzt habe, Nichts dagegen eingewandt, die Aftermiethung also gebilligt, und damit auf sein etwaiges Recht, daß Beklagter selbst einziehe, verzichtet habe. Die Klage sei übrigens auch schon wegen der darin enthaltenen Pluspetitio abzuweisen; Kläger hätte nur verlangen können, daß Beklagter noch einziehe oder die am 1. Novbr. fällige Miethe deponire, dadurch daß er blos Deposition verlange, habe er dem Beklagten sein ihm zustehendes Wahlrecht, einzuziehen oder zu deponiren, genommen.

Der Kläger stützt sich darauf, daß es ein feststehender Satz sei, daß der Miether, welcher nicht einziehe, die Miethesumme deponire. Aus welchem Grunde dieser Satz vom Gesetze aufgestellt sei, sei gleichgültig, da ja bekannten Rechten nach, selbst wenn der Rechtsgrund zum Gesetze wegfalle, dies Gesetz selbst bestehen bliebe. Durch das Einziehen des Verdinsky habe er aber auch keine Sicherheit für den Miethepreis erlangt, da derselbe ein schlechter Zahler, ihm selbst noch frühere Miethe schuldig sei und die Illaten desselben bei weitem nicht den Werth der Miethe erreichten. In eine Aftermiethung an diesen Verdinsky habe er nie gewilligt. Die Einrede der Pluspetitio sei deshalb hinfällig, weil Beklagter selbst dadurch, daß er die Wohnung wieder in Aftermiethe gegeben, sich das Einziehen in dieselbe unmöglich gemacht habe.

Erkannt am 18. September 1862:

da kein Grund vorliegt, anzunehmen, daß der Miether, welcher in die gemiethete Wohnung nicht einzieht, absolut in allen Fällen zur Deposition der Miethe genöthigt wäre, vielmehr demselben freizustellen ist, auch eine andere genügende Sicherheit für die Miethezahlung zu beschaffen;

da eine solche genügende anderweite Sicherheit im vorliegenden Falle dann gegeben wäre, wenn der Aftermiether Verdinsky ebenfalls für Ct℔ 67. 8 ß halbjährlich am 1. Mai und 1. November zahlbar gemiethet und ein diesen Betrag hinreichend deckendes Mobiliar inferirt hätte — zumal Kläger nicht mit genügender Bestimmtheit angegeben hat, daß und aus welchem Grunde wegen der Persönlichkeit des Verdinsky zu besorgen wäre, es möchte derselbe die aus seinen Illaten zu erwartende Sicherheit für die Miethezahlung etwa durch deren vorherige Fortschaffung vereiteln;

da ferner auch in dem Falle der libellirte Anspruch zurückzuweisen wäre, wenn der Kläger die ihm vom Beklagten angezeigte Aftermiethung genehmigt hätte, indem der Kläger sich sagen müßte, daß ihre Anzeige auch mit Rücksicht darauf erfolge, um zu erfahren, ob er damit einverstanden wäre, daß ihm die Illaten des beklagtischen Aftermiethers, nicht des Beklagten selbst als Pfand verhaftet wären;

da endlich die Einrede der plus petitio sich in sofern erledigt, als im Fall einer Nichterbringung der dem Beklagten nachzulassenden Beweise, diesem die Deposition der Miethe nur alternative mit einer feinseitigen Beziehung der gemietheten Wohnbude aufzuerlegen sein wird;

daß der Beklagte in termino sub poena contumaciae et desert. aut alternative aut cumulative reprob. salva zu beweisen;

1) daß er die fragliche Wohnbude dem Berdinsky zu einer halbjährigen am 1. Mai und 1. November fälligen Miethe von Cour. ℔ 67 8 ß veraftermiethet habe — und daß dieser Miethebetrag durch den Werth der Illaten des Berdinsky hinreichend gedeckt werde;
2) daß Kläger, als der Beklagte ihm am 3. Mai die Aftermiethung an Berdinsky anzeigte, dieselbe genehmigt habe.

Hinsichtlich der Frage, ob in den Aeußerungen des Klägers auf die an ihn gemachte Anzeige von der Aftervermiethung eine Genehmigung derselben zu finden sei, bleiben beiden Partheien bis nach Constatirung dieser Aeußerungen und Beweisverfahren alle Competentien vorbehalten.

Gegen dieses Erkenntniß supplicirte der Kläger an das Niedergericht und erkannte dieses am 27. October:

Da die Bestimmungen des Art. 10 Stat. II, 9 sich nur auf den Fall beziehen, wo einer der Contrahenten sich von einem geschlossenen Miethecontract unstreitig lossagt oder doch denselben unerfüllt läßt, im vorliegenden Fall aber dem Beklagten eine Contracts-Verletzung gar nicht zur Last gelegt wird,

Stat. II. 9, 10 mithin hier keine Anwendung finden kann;

da auch der Miether ohne besondere Vorworte weder verpflichtet ist, die gemiethete Wohnung persönlich zu beziehen, noch ein die Miethe deckendes Mobiliar zu inferiren, diese letztere im Allgemeinen nicht begründete Verpflichtung auch etwa alsdann eintritt, wenn der Miether von seinem Rechte der Aftervermiethung Gebrauch macht, weil eine derartige gesetzliche Vorschrift nicht besteht, übrigens der Hauswirth auch an den Illaten des Aftermiethers bis zum Betrage der Aftermiethe ein Pfandrecht hat,

L. 11 § 5 D. de pign. act. 13, 7
(cf. über diese Stelle Mühlenbruch Cession S. 320 ffg.)

und wenn die Stellung des Hauswirthes hinsichtlich seines Pfandrechts an den Illaten und dessen Ausübung gegenüber dem Aftermiether eine weniger günstige ist, als gegen den Miether, es seine Sache war, die Aftervermiethung contractlich auszuschließen, wenn er sich den Nachtheilen, die für ihn möglicher Weise aus einer solchen entstehen können, nicht aussetzen wollte;

da endlich eine den klägerischen Antrag rechtfertigende Observanz — wie schon in einem Erkenntniß der zweiten Prätur vom 15. November 1841 in S. Dahlströme c. Hoepner und Beekmann von dem damaligen Herrn Prätor nach den eingezogenen sorgfältigsten Erkundigungen bestätigt wird — nicht existirt,

da mithin das angefochtene Erkenntniß günstiger für den Kläger ausgefallen, als er beanspruchen konnte, beklagtischerseits aber eine Beschwerde gegen dasselbe nicht erhoben worden,

daß die gegen das Erkenntniß der zweiten Prätur vom 18. September 1862 vom Kläger erhobene Beschwerde zu verwerfen, und dieses Erkenntniß — so weit es angefochten worden — lediglich zu bestätigen sei.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 26.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 45. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 8. November. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Heinsen c. Wolffsohn. — Dr. Hertz c. Reinbold. — Oberappellationsgericht: Ribbe c. Müller.

Handelsgericht.

No. 100.

Zweite Kammer. Audienz vom 15. October 1862.
Präses: Herr Dr. Lehmann. Richter: die Herren Krönig und Schenck.
Dr. Heinsen m. n. C. H. Collin in Rendsburg gegen W. S. Wolffsohn (Dr. D. Hertz).

Collin hat folgende Klage angestellt: Im Jahre 1859 sei er genöthigt gewesen, dem Beklagten für dessen Forderung an ihn einen Accord von 25 pCt. anzubieten, Beklagter habe denselben nur unter der Bedingung annehmen wollen, daß Kläger ihm zuvor zwei Wechsel zum Gesammtbetrage von Pr. ℛ 172. acceptire, (Anlagen 1 und 2) deren Datum bei der Acceptirung in blanco geblieben sei. — Darauf sei der Accord zu Stande gekommen, Beklagter habe die Accordsumme mit Pr. ℛ 464. theils baar, theils in später eingelösten Wechseln empfangen und dagegen Generalquittung (Anlage 3) geleistet. Damit sei das bisherige Rechnungsverhälniß unter den Parteien erloschen gewesen, und habe er dem Beklagten die Wechselblanquete, einen Mißbrauch nicht fürchtend, in Händen gelassen; auch habe Beklagter, mit dem er später neue Geschäfte unter Garantie der Firma J. E. Meyer & Co. gemacht, in einem Schreiben an die Letzteren vom December 1859 (Anlage 4) nur ein Guthaben von Pr. ℛ 194. 20 Sgr. geltend gemacht, welches ausweise beklagtischer Quittungen (Anlagen 5 und 6) bezahlt sei. — Dennoch habe Beklagter im Januar 1860 die Wechselblanquete durchaus rechtswidriger Weise mit einem Datum versehen und an Louis Lefeld begeben, welcher Letztere die Wechsel gegen ihn eingeklagt und ihn zur Bezahlung derselben gezwungen habe, ohne daß seine auf obige Verhältnisse gestützte Einrede im Wechselverfahren liquide gewesen und somit attendirt worden wäre. — Nachdem er also die Wechsel habe einlösen müssen, verlange er jetzt vom Beklagten die Rückerstattung dieses Betrages mit ℛ R.-M. 229. $^1/_3$ und der ebenfalls von ihm bezahlten Proceßkosten nebst Zinsen vom Tage jener Zahlung.

Beklagter wendet ein: Die Klage sei völlig dunkel und inept, da sich aus derselben gar nicht ersehen lasse, worin denn der vom Kläger behauptete Mißbrauch der Wechselblanquete (Anl. 1 und 2) bestehen solle, indem doch Kläger selbst angebe, diese Wechsel dem Beklagten für eine Forderung desselben als praecipuum gegeben zu haben, damit Beklagter einem Accorde beitrete. So habe denn in der That auch Beklagter die Wechsel als praecipuum mit offenem Datum selbstverständlich zu dem Zwecke erhalten, um jenes Datum später auszufüllen. — Nachdem er nun später die

Accordquote, welche ihm ja eben außer jenem praecipuum werden sollte und welche keineswegs nur aus 25 pCt. bestanden habe, empfangen, habe er natürlich vollständig quittirt, weil er ja jene Wechsel schon empfangen gehabt; von einer Rückgabe jener Wechsel konnte dabei nicht die Rede sein. — Die Anlage 4 beziehe sich auf vollständig neue Transactionen und enthalte keinen Verzicht auf seine Wechselforderung. — Uebrigens sei die angestellte Klage — welche offenbar eine actio doli sein solle — auch verjährt, da seit der Zahlung des Wechselbetrages abseiten des Klägers, also seit Entstehung seines vermeintlichen Klagerechtes, mehr als zwei Jahre verflossen seien.

Kläger entgegnet: Die Klage sei keineswegs eine actio doli, erscheine vielmehr als condictio sine causa vollständig substantiirt, da Beklagter die Wechsel ohne Rechtsgrund besaß, nachdem er die Accordsquote von Pr.℞ 464. empfangen, denn die ganze beklagtische Forderung habe ausweise beklagtischen Schreibens (Anl. 11) ca. Pr.℞ 1160. betragen, es sei also klar, daß in den Pr.℞ 464. außer 25 pCt. der beklagtischen Forderung jenes praecipuum von Pr.℞ 174. enthalten gewesen sei, zu dessen Sicherstellung die Wechselblanquete gegeben worden. Außerdem sei auch Beklagter keineswegs berechtigt gewesen, jene Blanquete mit einem Datum zu versehen, dieselben seien vielmehr ungültige Documente gewesen, aus welchen eine wechselmäßige Verbindlichkeit des Klägers überall nicht habe entstehen können, denn ein Wechsel, welchem es bei seiner Acceptirung an dem wesentlichen Requisite des Datums fehle, könne nicht durch spätere Ausfüllung desselben nachträglich zu einem rechtsgültigen Documente werden.

Beklagter duplicirt: Die replicando neuerdings aufgestellte Behauptung, daß in den Pr.℞ 464. außer der Accordquote noch eine Bezahlung der als praecipuum gegebenen Wechsel enthalten gewesen sei, widerspreche der gegnerischen Darstellung in der Klage selbst, sei auch jedenfalls vollständig unwahr; wie es auch geleugnet werde, daß die Accordquote nur aus 25 pCt. bestanden habe. — Von einer condictio sine causa könne hier aber gewiß keine Rede sein, da Kläger selbst behaupte, die Wechselblanquete für eine Forderung des Beklagten demselben gegeben zu haben. — Völlig inept sei die gegnerische Begründung, nach welcher in der Datirung jener Blanquete eine rechtswidrige Handlung des Beklagten gelegen haben sollte; unrichtig sei es, daß Wechselblanquete, in denen das Datum zur Zeit der Acceptation gefehlt habe, durch spätere Ausfüllung desselben keine gültige Wechsel werden könnten, denn die Wechsel-Ordnung verlange keineswegs, daß sämmtliche Requisite eines Wechsels gleichzeitig vorhanden seien. Auf diese Frage komme es hier aber auch gar nicht an, denn es handle sich hier nicht um einen wechselmäßigen Anspruch aus jenen Blanqueten, sondern nur darum, ob Beklagter durch ihre Ausfüllung eine widerrechtliche Handlung begangen habe, davon aber könne ersichtlich keine Rede sein, da ihm doch die Blanquete zu keinem andern Zwecke, als zu demjenigen der Ausfüllung gegeben sein konnten.

Erkannt:

da die Klage weder dunkel noch inept, noch als actio doli und demnach verjährt aufzufassen, sondern als condictio sine causa, und zwar aus zwei verschiedenen Fundamenten:

1) indem sie angiebt, daß der libellirte Betrag ohne allen Grund aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten gekommen, weil die geleistete Zahlung auf die Wechsel Anl. 1 und 2 vermöge eines ungültigen Geschäftes gegeben sei, indem von Anfang an die Wechsel wegen fehlenden Datums keine verbindende Kraft gehabt,

2) indem sie behauptet, daß der Verpflichtungsgrund zur Bezahlung der Anl. 1 und 2 nach ihrer Ausstellung weggefallen, indem die Wechselschuld getilgt sei mit Bezahlung der in Anl. 3 quittirten 464 ℞, nachdem die in Anl. 3 erwähnten Wechsel unbestritten eingelöst worden;

da nun der erste Klaggrund als verwerflich erscheint:

denn wenn es auch bestritten ist, ob, wenn die Wechsel in Bezug auf das Datum in blanco ausgestellt und so ausgeliefert wären, aus der Schrift wechselmäßige Verbindlichkeit für den Aussteller und Acceptanten entstand,

wenn gleich solcher Mangel dem dritten redlichen Inhaber nicht entgegengehalten werden konnte,

Hoffmann's Erläuterung Pag. 219—221,

doch jedenfalls der Kläger einräumt, die fraglichen Wechsel seiner Zeit als ein praecipuum bei dem Accorde, also oneroser Weise gegeben zu haben, aus diesem Verhältnisse allein daher nur folgen

würde, daß der Kläger, wenn er nicht dem dritten Inhaber Zahlung der Wechsel hätte leisten müssen, jedenfalls dem Beklagten rechtsgültige Documente auszuliefern und seiner Zeit zu tilgen gehabt hätte;

da aber der zweite Klaggrund eines weiteren Beweises bedarf:

indem aus der Anl. 3 nicht folgt, daß die Wechsel Anl. 1 und 2 mit Zahlung obgedachter 464 ℛ ihre Erledigung gefunden haben, vielmehr in Bezug auf dieselben in der Anl. 3 speciell nichts gesagt ist, wenn auch aus den Worten „seine Schuld getilgt ist" einiges Moment für die klägerische Behauptung unter der Annahme sich ergiebt, daß damals die Anl. 1 und 2, und zwar in Bezug auf das Datum in blanco, dem Beklagten schon eingehändigt waren,

und ebenfalls aus der Anl. 11 nur zu entnehmen ist, daß wenn ein Accord von 25 pCt. vom Beklagten angenommen sein sollte, dann allerdings in der Zahlung der 464 ℛ eine um 174 ℛ größere Zahlung als 25 pCt. von 1160 ℛ enthalten sein würde,

wie denn auch weiter die Anl. 4 wohl eine Präsumtion dafür gestattet, daß im December 1859 die Forderung des Beklagten an den Kläger 194 ℛ 20 Sgr. nicht überstieg, bei fehlendem Bürgschein aber doch nicht zu ersehen ist, ob sich Forderung und Bürgschaft nicht lediglich auf neue Geschäfte bezogen:

daß m. n. Kläger den Beweis:

daß der Betrag der Anl. 1 und 2 in den in Anl. 3 benannten Summen von den Parteien einbegriffen sei,

oder doch den Beweis:

daß der Beklagte im Jahre 1859 einem Accorde des Klägers von 25 pCt. beigetreten sei,

zu führen und, vorbehältlich beklagtischen Gegenbeweises, innerhalb acht Tagen bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig.

No. 101.

Erste Kammer. Audienz vom 3. November 1862.
Präses: Herr Dr. Albrecht. Richter: die Herren Blume und Stahmer.

Dr. Gustav Hertz mand. noie. C. Hagen in Flensburg gegen Emil Reinbold, modo Dr. H. Wex mand. noie. desselben.

Der Kläger verlangt Bezahlung von Ct℔ 3660. 11½ ß für gekaufte und empfangene 224 Sack Roggen laut Rechnung (Anlage 1).

Der Beklagte wendet ein: Die Klage sei gänzlich ungegründet, da er den fraglichen Roggen weder selbst noch durch einen Dritten von dem Kläger gekauft habe. Er habe vielmehr die Waare von C. A. Müller in Kiel gekauft, gegen den er bedeutende Forderungen und von dem er auch früher stets gekauft habe. Am 14. März sei die Waare in Altona angekommen, und nachdem er an demselben Tage eine kleine Partie davon empfangen, habe er Abends vom Kläger den Brief Anl. B. erhalten, wonach er den Roggen vom Kläger gekauft haben sollte. Er habe am folgenden Morgen hiergegen sofort brieflich (durch Anl. D.) protestirt, dem Kläger den Roggen zur Disposition gestellt und, obwohl ihm auch noch Factura mit Brief des Klägers (Anl. C.) zuging, vorläufig nichts weiter von der Waare empfangen, auch die Factura sofort zurückgeschickt. Nach ferneren Verhandlungen habe darauf der Kläger an Müller in Kiel telegraphirt, daß er damit einverstanden sei, den Roggen an Müller zu überlassen, so daß also Dieser Käufer des Klägers sei, der den Roggen an ihn (den Beklagten) weiter verkauft habe. Dieses Verhältniß werde vom Kläger selbst in einem Briefe vom 30. März (Anl. F.) eingeräumt, sowie sich dasselbe auch aus der zwischen dem Kläger und Müller in Kiel gewechselten Correspondenz (Anl. G—O.) ergebe, und sei die Klage daher sofort abzuweisen.

Der Kläger erwiedert: Müller habe ihm eine schriftliche Ordre des Beklagten, die fragliche Partie Roggen zu kaufen, vorgelegt und habe er in Folge dessen die Waare mit directer Factur an den Beklagten geschickt. Da Beklagter den Empfang dieser Factura selbst zugebe und den Roggen consumirt habe, so sei er unbedingt zu verurtheilen. — Der Thatbestand sei der, daß der Beklagte nach Kiel gegangen sei und dort seinen Verwandten Müller bewogen habe, telegraphische

Depeschen an ihn (den Kläger) zu richten, bis er am 18. März sich telegraphisch mit Müllers Accept und dessen Uebernahme des Roggens einverstanden erklärt. An demselben Tage aber habe er diese Depesche noch widerrufen und sei dieser Widerruf dem Beklagten auch durch Müller mitgetheilt worden; derselbe habe aber trotzdem über den Roggen, den er anfänglich zu seiner (Klägers) Disposition gestellt hatte, verfügt. Die Verhandlungen zwischen ihm und Müller hätten zunächst gar kein Resultat gehabt; selbst wenn dies aber der Fall gewesen wäre, würde der Beklagte doch aus diesem ihn gar nicht concernirenden Vertrage keine Rechte ableiten können. Auch habe gar kein Geschäft zwischen Müller und dem Beklagten stattgefunden, durch welches Dieser den Roggen von Jenem hätte erwerben können. Uebrigens habe der Beklagte ihm gegenüber unerlaubt gehandelt: er habe nämlich gewußt, daß Müller nicht zahlen konnte, und nichtsdestoweniger ihn inducirt, demselben zu creditiren; und auch aus diesem Grunde sei er zu verurtheilen.

Der Beklagte duplicirt: Er habe nicht eher über die Waare disponirt, als bis er erfahren, daß dieselbe vom Kläger an Müller überlassen sei. Wie Kläger selbst zugebe, sei er, Beklagter, bei Ankunft der betreffenden telegraphischen Depesche in Kiel daselbst zugegen gewesen. Der vom Kläger behauptete Widerruf der Ueberlassung der Waare an Müller sei für ihn ganz irrelevant, und habe eine Wiederaufhebung des Kaufs auch gar nicht stattgefunden. Die Behauptung, daß er dolos gegen den Kläger gehandelt, sei vollständig hinfällig und durch nichts wahrscheinlich gemacht; keinenfalls könne diese vollständig neue replicarische Begründung der ursprünglich auf einen angeblichen Kauf gegründeten Klage in diesem Verfahren attendirt werden.

Erkannt:

Da wenn auch — was keineswegs ohne weiteres als ausgemacht betrachtet werden könnte — Beklagter ursprünglich den Kläger als Denjenigen zu betrachten hatte, von dem er die in diesem Proceß in Rede stehende Partie Roggen gekauft habe, Kläger doch durch seine zweite, auf der Rückseite der Anl. 5 abschriftlich enthaltene, Depesche nach Kiel vom 18. März Müller als seinen Käufer angenommen und sich damit einverstanden erklärt hat, daß ihm die Zahlung für den Roggen von Müller durch ein Accept desselben geleistet werde;

da auch nach der eigenen Darstellung des m. n. Klägers der bei dem Eintreffen dieser Depesche in Kiel sich dort bei Müller aufhaltende Beklagte sofort den Inhalt der Depesche erfuhr und somit Kunde davon erhielt, daß Kläger darauf verzichte, ihn, Beklagten, als seinen Käufer zu betrachten;

da Kläger sich auch darauf nicht berufen kann, daß Beklagter — weil die Depesche nicht an diesen, sondern an Müller gerichtet war — aus der in der Depesche enthaltenen Erklärung keine Rechte ableiten könne, indem nicht nur Kläger wußte — wie sich aus der Depesche Anl. 3 ergiebt — daß Beklagter der Zeit sich bei Müller aufhielt und demnach von vornherein anzunehmen ist, daß Kläger die Depesche für den Beklagten mitbestimmt habe, sondern dieses auch daraus hervorgeht, daß Kläger in der Anlage K. an Müller schreibt, er hätte die Depesche dem Beklagten gegenüber nicht widerrufen können;

da ferner nicht nur aus der von dem Kläger mit Müller nach dem 18. März geführten Correspondenz sich ergiebt, daß ersterer dabei beharrte, den letzteren als seinen Schuldner für den Roggen zu betrachten, sondern auch in Uebereinstimmung hiermit — wie aus der Anlage K. hervorgeht — Kläger ein Schreiben des Beklagten vom 19. März, worin dieser die Anlegenheit wegen des Roggens als geordnet bezeichnete — eine Aeußerung, die offenbar nur dahin verstanden werden kann, daß die Angelegenheit auf Grund der zweiten Depesche des Klägers nach Kiel vom 18. geordnet sei — bis zum 30. unbeantwortet ließ und erst an diesem Tage, nämlich in der Anlage F., und auch damals noch unter ausdrücklicher Anerkennung, daß er dem Müller gegen dessen Accept den Roggen übertragen habe, die Leistung dieses Acceptes aufs Neue wieder von dem Beklagten forderte;

da hiernach aber Beklagter sich mit Recht darauf beruft, daß Kläger, wenn derselbe auch ursprünglich berechtigt gewesen sein sollte, von ihm Zahlung für den Roggen zu verlangen, ihn doch später jeder Verbindlichkeit aus dem Roggengeschäft entlassen habe;

da unter diesen Umständen auch die Thatsache,

daß Kläger die Waare dem Beklagten zugesandt und dieser sie behalten hat, gänzlich irrelevant erscheint, indem aus der beigebrachten Correspondenz der Parteien sich ergiebt, daß Beklagter bis zu dem Augenblick, in welchem Kläger darauf verzichtete, ihn als Käufer zu betrachten, die Waare zur Disposition des Klägers hielt, und Beklagter, nachdem Kläger diesen Verzicht geleistet hatte, vollkommen berechtigt war, die Waare nunmehr als eine ihm von Müller durch Klägers Vermittlung gelieferte zu betrachten;

da endlich auch die von dem m. n. Kläger replicando aufgestellte Behauptung, daß sein Mandant durch einen dolus des Beklagten veranlaßt sei, diesen seiner Verbindlichkeit zu entlassen und Müller als Käufer anzunehmen, in der vorliegenden Sache nicht in Betracht kommen kann, und zwar deshalb nicht, weil Kläger nicht dadurch, daß er das Geschäft mit dem Beklagten rückgängig machte, sondern dadurch, daß er ein Geschäft mit Müller abschloß, einen Nachtheil erlitten haben würde und demnach der dolus des Beklagten nicht den Effect haben könnte, daß die Aufhebung des Geschäfts mit dem Beklagten als nicht geschehen zu betrachten wäre, sondern nur die Folge, daß Beklagter für den Abschluß des Geschäfts mit Müller verantwortlich sein würde, so daß also Kläger — auch wenn der von demselben behauptete dolus des Beklagten feststünde — doch nicht seine Klage aus dem Kaufe mit einer replica doli aufrecht erhalten, sondern nur wegen des Abschlusses des Geschäfts mit Müller eine actio doli gegen den Beklagten erheben könnte:

daß m. n. Kläger unter Verurtheilung desselben in die Proceßkosten mit der von ihm erhobenen Klage abzuweisen, demselben jedoch wegen des von ihm behaupteten dolus alle Gerechtsame gegen den Bekl. vorzubehalten.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 23.

Margaretha Dorothea geb. Ribbe defti. notarii Beckendorff Wwe. cum curat. cess. noie. defti. J. A. F. Lüring modo J. W. Buck, als Vollstreckers der letztwilligen mütterlichen Dispositionen derselben (Dr. Fischer) gegen Theodor Müller, als Generalbevollmächtigten der British Commercial Lebensversicherungs-Gesellschaft (Dr. Malm).

Kläger verlangt £ 800. auf Grund einer Police, durch welche die beklagte Compagnie das Leben des verstorbenen J. A. F. Lüring zu diesem Betrage versichert hatte. Die fragliche Police ist rechtsgültig an M. D. Ribbe cedirt; diese aber nach ausgebrachter Citation verstorben.

Beklagter opponirt aus der Person des ursprünglichen Versicherten die Einrede der Nullität der Assecuranz. Es habe nämlich Lüring bei der Declaration, welche er vor Abschluß der Police gemacht, auf die in dem Declarationsformular enthaltene Frage: „Wie viele Brüder und Schwestern er gehabt, wie viele derselben todt und an welcher Krankheit sie gestorben?“ geantwortet: „gestorben ein Bruder im 52. Lebensjahre,“ und auf die fernere Frage: „Woran gestorben?“ — „Unbekannt“ erwidert. In dieser Erklärung liege eine Unwahrheit. J. A. F. Lühring habe gewußt, daß sein Bruder an der Brustkrankheit gestorben sei. Nach den Bedingungen des Planes der beklagten Compagnie mache aber eine falsche Angabe bei der der Versicherung vorausgehenden Declaration, welche die Grundlage des gesammten Assecuranzvertrages (the basis of the contract) zu bilden bestimmt sei, diesen selbst null und nichtig (void).

Kläger replicirt: Die unpräcise Beantwortung einer Nebenfrage könne den Vertrag nicht nichtig machen; es sei Sache der beklagten Compagnie gewesen, sich vor Schluß der Police nach den Verhältnissen des Versicherten zu erkundigen. Es sei ein Unterschied zu machen zwischen den Anzeigen bei gewöhnlichen Versicherungen und der Declaration bei Lebensversicherungen; denn bei jener finde vorher keine Examination des Versicherten statt; bei diesen eine so genaue, daß eine falsche Angabe ohne Schuld des Versicherers kaum vorkommen könne. Ueberdies sei die betreffende Frage

unerheblich gewesen oder der Versicherte sei sich doch ihrer Erheblichkeit nicht bewußt gewesen; sowie er auch nicht verpflichtet gewesen sei, dieselbe zu beantworten.

Beklagter duplicirt, indem er aus dem Vertrage zu deduciren versucht, daß jedenfalls jede wissentlich falsche Angabe — und eine solche liege hier vor — den Vertrag nichtig mache.

Es interloquirte hierauf das Niedergericht am 24. September 1860:

> da zwar beim Lebensversicherungs-Contracte eine Verletzung der dem Versicherten obliegenden Pflicht zur gewissenhaften und wahrheitsgetreuen Declaration den Versicherer seiner Verpflichtung entbindet,
>
> da jene Pflicht aber nur alsdann für verletzt zu erachten ist, wenn in der Declaration wissentlich eine wahrheitswidrige Angabe gemacht oder gewissentlich ein mitzutheilender Umstand vorenthalten worden;
>
> da jedoch eine absichtliche Verletzung der Wahrheit abseiten des Versicherten auch nicht durch die anscheinende Unerheblichkeit der zu beantwortenden Frage entschuldigt werden kann, weil der Versicherer eben dadurch, daß er ihre Beantwortung verlangt, kundgiebt, daß er sie nicht für gleichgültig halte, und der Versicherte keinenfalls zur Annahme des Gegentheiles berechtigt ist;
>
> da im vorliegenden Falle der Beklagte behauptet, daß der wenige Wochen vor Abschluß der fraglichen Lebens-Versicherung verstorbene Bruder des Versicherten an der Schwindsucht gestorben sei und daß der Versicherte diesen Umstand bei der Beantwortung der ihm desfalls gestellten Frage wissentlich und absichtlich verheimlicht habe;
>
> da dem Beklagten der Beweis dieser Behauptungen zwar nicht abgeschnitten werden darf, dieser Beweis indeß dadurch noch nicht erbracht sein würde, wenn der Beklagte seine Angabe nachwiese, daß der Arzt des verstorbenen Bruders des Versicherten gegen diesen Letzteren nach dem Tode seines Bruders gesprächsweise die Krankheit, an der derselbe verstorben, als „Brustkrankheit" bezeichnet habe, weil der Versicherte einer solchen gelegentlichen Aeußerung keine Bedeutung beigemessen oder sie überhört haben kann, und weil in der von ihm auf die betreffende Frage des Declarations-Formulars: „woran sein Bruder gestorben sei?" gegebenen Antwort: „unbekannt" eine wissentliche Wahrheitsverletzung nur dann erblickt werden dürfte, wenn seine Absicht, die Wahrheit zu verheimlichen, deutlich erkennbar wäre, indem andrerseits eine Verletzung des guten Glaubens abseiten des Versicherers darin erblickt werden müßte, nachdem er die Versicherung abgeschlossen hat, ohne vom Versicherten eine Angabe über die Todesursache in Betreff des Bruders erhalten zu haben, sich später aus eben diesem Grunde, weil jene Angabe nicht gemacht worden, von dem Contracte lossagen zu wollen, wenn er nicht etwa eine geflissentliche Verheimlichung erweisen könnte;
>
> da auch unter den vorliegenden Umständen der klägerische Antrag auf Deposition des libellati gerechtfertigt erscheint:
>
> daß Beklagter innerhalb acht Tagen nach Erledigung des Cautionspunktes den Betrag von 800 £ sub poena executionis ad depositum judiciale zu bringen, und in gleicher Frist bei Verlust der Beweisführung und unter Vorbehalt des Gegenbeweises für den Kläger folgende cumulative zu führende Beweise anzutreten schuldig sei:
>
> 1) daß der am 4. December 1858 verstorbene Bruder des Versicherten Johann August Friedrich Löring an der Schwindsucht gestorben sei,
>
> und 2) daß Johann August Friedrich Löring, als er die Declaration machte, dieses gewußt und absichtlich verschwiegen habe.

Auf von beiden Seiten ergriffene Appellation erkannte sodann das Obergericht am 26. November 1860:

> da die Declaration des Versicherten die Basis des Versicherungscontracts zwischen der Gesellschaft und dem Versicherten bildet, und dabei von dem Letzteren nichts übergangen oder verhehlt werden darf, was für den Abschluß der Versicherung von irgend einer Wichtigkeit hätte sein können; nun aber, wenn der Bruder des Versicherten an der Schwindsucht verstorben sein sollte, dies ein Um-

stand sein würde, welcher nach vernünftigem Ermessen allerdings von Einfluß auf den Entschluß der Gesellschaft hätte sein können;

da wenn demnach dem Versicherten die Pflicht oblag, diesen Umstand, in so fern ihm derselbe bewußt war, anzugeben, es dabei auf die absichtliche Verschweigung nicht ankommen kann, vielmehr die Nichtigkeit der Versicherung schon aus der pflichtwidrigen Unterlassung der Angabe folgen muß, mag solche doloser Weise geschehen sein oder nicht;

da demnach der zweite Beweis nur darauf, daß J. A. F. Lüring, als er die Declaration machte, Wissenschaft von dem fraglichen Umstande hatte, und nicht außerdem auf die absichtliche Verschweischweigung dieses Umstandes zu richten ist, übrigens aber hinsichtlich der Frage, in wie weit durch den Beweis der, von dem Arzte seines verstorbenen Bruders über dessen Krankheit dem Versicherten angeblich gemachten Mittheilung, der zweite Beweis für erbracht anzusehen sein würde, für jetzt beiden Parteien Competentien zu reserviren sind;

daß unter Verwerfung der klägerischen Beschwerde, des N. G. Erk. a quo d. 24. September d. J. auf Grund der beklagtischen Beschwerde dahin abzuändern ist, daß in dem zweiten Beweissatze die Worte: „und absichtlich verschwiegen" in Wegfall zu bringen sind. Die Kosten der beklagtischen Appellation sind zu compensiren, diejenigen der klägerischen Appellation dem Kläger zur Last zu bringen.

Das Ober-Appellationsgericht bestätigte am 20. September 1862 das Obergerichtliche Erkenntniß pure aus folgenden

Entscheidungsgründen.

Der Kläger verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde gegenwärtiger Instanz die sofortige Verurtheilung des Beklagten unter Verfällung desselben in die sämmtlichen in dem Processe bisher erwachsenen Kosten. Diese Beschwerde konnte jedoch für begründet nicht erachtet werden;

zwar war dem Kläger darin beizupflichten, daß deren Aufstellung in gegenwärtiger Instanz durch gleichlautende Entscheidungen nicht ausgeschlossen ist, und es bedarf in dieser Beziehung nur einer Hinweisung auf die von dem Kläger selbst in den Ober-App.-Ger.-Acten angeführten Entscheidungsgründe, insonderheit auf das Erkenntniß vom 30. Mai 1862. Allein eventuell mußte das Verlangen des Klägers verworfen werden. Er geht nämlich von der Ansicht aus, es komme bei der Beurtheilung von Lebensversicherungen nicht auf die Richtigkeit der in der Declaration gemachten Angaben, sondern darauf an, ob diese objectiv für den Abschluß der Versicherung von Bedeutung gewesen seien, und nur in dem letzteren Fall dürfte die Nichtigkeit der Versicherung ausgesprochen werden. Dieser Ansicht war jedoch nicht beizupflichten. Jede Versicherungsgesellschaft hat das Recht, bei Abschluß der Versicherung bestimmte Contractsbedingungen aufzustellen und von deren Erfüllung die Gültigkeit des Vertrags abhängig zu machen. Wenn also, wie hier geschehen, in der Police an die wahrheitswidrige Beantwortung der in der Declaration enthaltenen Fragen die Nichtigkeit der Versicherung geknüpft ist, so hat sich kein Versicherter darüber zu beschweren, wenn die Gesellschaft von dieser Vertragsbedingung später Gebrauch macht. Dieser Satz entspricht nicht bloß den Grundsätzen, welche bei Lebensversicherungscontracten in der Praxis des englischen wie des deutschen Assecuranzrechtes hergebracht sind, sondern läßt sich bereits aus den Principien des gemeinen Civilrechts mit voller Sicherheit ableiten. Denn es ist Jedermann gestattet, einen an sich völlig gleichgültigen Umstand bei Abschluß des Vertrages als Bedingung für dessen Gültigkeit zu vereinbaren, so daß also mit dem Ausfall der Bedingung die bindende Kraft des Vertrages erlischt. Ward also die Wahrheit der Antworten auf die in der Declaration aufgestellten Fragen als Bedingung für den Rechtsbestand des Vertrags hingestellt, so folgt daraus, daß wenn in den Antworten Etwas verschwiegen oder unrichtig beantwortet ist, es dem Versicherer frei steht, den Vertrag für nichtig zu zu erklären. Es versteht sich jedoch von selbst, daß die Frage, ob wirklich eine Verhehlung oder

falsche Beantwortung vorliegt, den allgemeinen Grundsätzen unterliegt, nach welchen der Ausfall von Bedingungen beurtheilt wird. Hienach ist es nicht zulässig, die Gültigkeit an zwei Voraussetzungen zu knüpfen: einmal an das Vorhandensein einer Verschweigung resp. Unwahrheit, und zweitens an den Umstand, daß diese Handlung einen wesentlichen Einfluß auf die Uebernahme der Versicherung ausgeübt hätte. Denn wenngleich das Vorhandensein eines Umstandes, welcher in die zweite Kategorie gehört, die Versicherung selbst dann vernichten würde, wenn keine Frage in der Declaration darauf gestellt wäre, worauf auch die 23. Frage der Declaration hindeutet, so folgt daraus doch noch keineswegs, daß die unrichtige Beantwortung der in der Declaration gestellten Fragen nur dann von Einfluß sei, wenn das zweite Moment hinzutritt. Uebrigens war auch in concreto der Umstand, daß ein Bruder des Versicherten an der Schwindsucht gestorben ist, nach allgemeinen Grundsätzen als eine Thatsache anzusehen, welche auf den Abschluß der Versicherung von Einfluß sein konnte: denn die Schwindsucht pflegt als eine Krankheit betrachtet zu werden, welche oftmals vererbt wird, und die Beispiele sind nicht selten, daß, wenn ein Familienglied an der Schwindsucht verstorben ist, die Uebrigen in gleicher Weise nachfolgen;

mittelst seiner zweiten Beschwerde verlangt der Kläger die Herstellung des niedergerichtlichen Erkenntnisses, welches auf eine absichtliche Verschweigung des obgedachten Umstandes gerichtet war, während das Obergericht die Absicht aus dem Beweissatz entfernt und nur die Kenntniß dieses Umstandes dem Beklagten zum Beweise verstellt hat. Allein auch diese Beschwerde war zu verwerfen. Zunächst ist schon der Umstand für die Fassung des Obergerichts entscheidend, daß unwesentliche Punkte nicht zum Beweise verstellt werden dürfen. Als unwesentlich wird es aber bezeichnet werden müssen, wenn zweierlei, das Bewußtsein und die Absicht, in einem Fall der vorliegenden Art zum Gegenstand des Beweises gemacht wird. War zur Zeit des Abschlusses der Versicherung — und auf diesen Zeitpunkt kommt es an, wie denn auch das Niedergericht ihn in den Beweissatz aufgenommen hat — das Bewußtsein eines gewissen Thatumstandes vorhanden, und eine unrichtige Beantwortung in der Declaration dennoch erfolgt, so ist in Beihalt des Umstandes, daß der Versichernde auf die Nothwendigkeit einer genauen Beantwortung der Fragen durch die Clausel der Police und die Anforderung in der Declaration ausdrücklich verwiesen ward, der Schluß gerechtfertigt, daß mit dem Bewußtsein eine Absicht verbunden war. Sodann aber bedarf es auch nur der Anwendung der bei Gelegenheit der ersten Beschwerde entwickelten Grundsätze, um sich gegen die Copulative zu erklären. Eine absichtliche Verschweigung würde das klare Bewußtsein des Versicherten bei Fassung der Declaration, der Versicherer werde im Fall der Kunde des verschwiegenen Umstandes die Versicherung nicht eingehen und den Willen, die Gesellschaft durch die Verschweigung zur Eingehung des Vertrags zu veranlassen, voraussetzen. Ein derartiger dolus vernichtet natürlich die Versicherung ohne Zweifel, sein Beweis würde aber nur dann gefordert werden können, wenn die Versicherungsbedingungen ihn verlangten. Dies ist jedoch nicht der Fall. Nicht die Absicht des Versichernden, sondern nur die genügende Beantwortung der in der Declaration enthaltenen Fragen ist es, an welche die Gültigkeit des Vertragsabschlusses geknüpft ist. Fehlt es also hieran, so kommt darauf, welche Absicht der Versichernde gehabt habe, Nichts weiter an;

auch die dritte Beschwerde des Klägers, mittelst welcher sich derselbe bemüht, die von dem Obergerichte in Betreff der Frage, ob durch die Mittheilung des Arztes der Versichernde eine Kunde darüber erhalten habe, an welcher Krankheit sein Bruder gestorben sei, vorbehaltenen Competentien, zu beseitigen, ist unbegründet. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß wenn das Nieder-Gericht jenen Mittheilungen allen Werth abspricht, und das Ober-Gericht Competentien reservirt, eine derartige Abänderung für den Kläger von Interesse ist. Allein eine Beschwerde erwächst ihm daraus nicht: denn nur das Erkenntniß des Obergerichts entspricht dem materiellen Recht. Die Frage, ob die gedachten Mittheilungen und unter welchen Umständen dieselben stattgehabt, und daraus ein Bewußtsein des Versichernden zu entnehmen, ist durchaus nicht in der Weise liquide gestellt, daß darüber ein absprechendes Urtheil bereits erfolgen konnte. Sie wird daher in dem Beweisverfahren ventilirt werden müssen, und das Erkenntniß darüber zu entscheiden haben;

die vierte Beschwerde des Klägers endlich, daß er in die Kosten seiner Appellation in voriger Instanz verurtheilt und die Kosten der Appellation des Beklagten verglichen seien, entbehrt jeden Rechtsgrundes, und die Verurtheilung des Klägers in die Kosten gegenwärtiger Instanz war eine Folge der Verwerfung seiner Beschwerden.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 26.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 46. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 15. November. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Eggert c. Ebeling & Co.— Eggert c. Pollack & Co. — Obergericht: Boye & Krogmann c. Hirsekorn. — Richter c. Polizeibehörde. — Niedergericht: Dr. Beyer c. Polizeibehörde.

Handelsgericht.

No. 102.

Zweite Kammer. Audienz vom 14. Juni 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Abegg und Schenck.

Adolf Eggert mand. noie. Theodor Trier & Co. in London (Dr. Wer) gegen Ebeling & Co. (Dr. Biesterfeld).

Der Kläger verlangt Bezahlung von £ 7. 2 sh., welche seine Mandanten seiner Angabe nach, ausweise Abrechnung (Anl. 1) und Factura (Anl. 2), aus dem im September 1861 für die Beklagten besorgten Ankauf einer schwimmenden Ladung Blauholz noch zu fordern haben.

Die Beklagten wenden ein: Dem Kläger ständen aus dem beregten Geschäfte keinerlei Ansprüche mehr zu. Aus der Anl. 2 müsse nämlich zunächst ein Posten von 1 £ 15 sh. für Porto und Depeschen in Wegfall kommen; sie wüßten nicht, worauf dieser Ansatz sich beziehe, hätten auch den Klägern zu Correspondenz oder Depesche keinen Auftrag gegeben. Ebenso seien 11. sh 4 d. zu streichen, welche die klägerischen Mandanten sich auf ihre Anzahlung von £ 690. für 6 Tage unbefugterweise berechnet hätten. Die dann noch verbleibenden £ 4. 15. 8. endlich seien bei der Berechnung des Einkaufspreises zu viel angesetzt. Es sei nämlich nach Tons verkauft, dagegen nach Hamburger Pfunden hier abgeliefert und empfangen worden; und hätten die klägerischen Mandanten die Tons nach einem unrichtigen Rendiment (nämlich 2032 ℔ = 1 ton) auf Pfunde reducirt, während in Wahrheit erst 2040 ℔ einer ton gleichkämen. Die Berechnung nach diesem Verhältniß könnten sie (die Beklagten) jedenfalls auch deßhalb beanspruchen, da sie bei einem früher geschehenen Ankauf einer schwimmenden Ladung Blauholz, als sie die ton = 2030 ℔ gerechnet hatten, von dem jetzigen Kläger selbst darauf aufmerksam gemacht worden seien, daß 2040 ℔ das richtige Rendiment sei; denn dadurch habe Kläger sie inducirt, auch bei dem hier in Rede stehenden Geschäft das Verhältniß 1 : 2040 ihrem Calcul zu Grunde zu legen und anzunehmen, daß danach berechnet werden solle.

Der Kläger replicirt: Die Kosten für Porto und telegraphische Depeschen seien von den Beklagten zu tragen, da ausweise eines am 3. September 1861 von ihm an sie gerichteten Briefes (Anl. 3) unter usual flooting conditions gekauft sei, danach diese Kosten aber usanzmäßig den Käufer träfen. Die Zinsen seien gleichfalls gerechtfertigt, da vom 4. September an gezogen werden durfte, am 10. aber erst trassirt worden sei. Daß endlich die englische ton zu 2032 ℔ anzu-

nehmen, ergebe sich aus einem Circular der Commerz-Deputation vom 3. October 1859; ob bei einem früheren Geschäfte einmal ein anderes Rendiment angenommen, sei ganz gleichgültig.

Erkannt:

1) da nach notorischer Usanze hiesiger Börse eine englische ton gleich 2032 ℔ metrischen Gewichts gerechnet wird, somit, falls keine besondere Verabredung getroffen, bei der Preisbestimmung einer Waare nach englischen tons und einer Ablieferung und Entgegennahme nach hiesigem Gewichte die Gewichts-Reduction obiger Usanze gemäß zu erfolgen hat;

da auch die Beklagten eine Reduction nach dem Maßstabe von 2040 ℔ nicht auf Grund des von ihnen geltend gemachten früheren Geschäftes in Anspruch nehmen können, weil das hier vorliegende Geschäft mit jenem völlig abgewickelten in keiner Weise zusammenhängt, ferner bei jenem, nach der Beklagten eigenen Darstellung, offenbar bei den Klägern Ungewißheit herrschte, über das, was das richtige, und deswegen es Sache der Beklagten, welche die hiesigen Usanzen zu kennen verpflichtet sind, gewesen sein würde, es ausdrücklich zu stipuliren, wollten sie auch für dieses neue Geschäft die bei den früheren angewandte, den Usanzen nicht entsprechende, ihnen vortheilhaftere Reduction in Anwendung gebracht wissen;

2) da die für Porto rc. angesetzten £ 1. 15. mit Unrecht bestritten sind, weil bei der einem Londoner Hause ertheilten Commission auf Einkauf einer schwimmenden Ladung die Porto- und Depeschenkosten sowohl nach Hamburg als nach dem Orte, woselbst das Schiff seine Ordre erwartet, als nothwendige Ausgaben zu Lasten des Committenten angesehen werden und der Ansatz dafür in der vorliegenden Factura nicht für übermäßig erachtet werden kann:

3) da endlich der Einkaufscommissionair in London sofort zu bezahlen hat, seine Entnahme auf hier und die Versilberung der Tratte nach den Einrichtungen des Wechselmarktes in London nicht zu gleicher Zeit erfolgen kann und somit die in der Anl. 1 berechneten Zinsen zum Betrage von 11 sh. 4 d. mit dem vorliegenden Geschäfte völlig in Einklang stehen:

daß Beklagte, deren Monituren zu verwerfen, schuldig seien, dem m. n. Kläger, nachdem derselbe sich durch Vorlage einer gehörigen Vollmacht legitimirt haben wird, die eingeklagten £ 7. 2 sh. nebst Zinsen vom Klagetage und den Proceßkosten sub poena executionis zu bezahlen.

Auf beklagtisches Restitutionsgesuch erkannte die Erste Kammer des Handelsgerichts (Präses: Herr Dr. Albrecht, Richter: die Herren Blume und Stahmer) am 6. November d. J.:

da die Berechnung einer englischen ton zu 2032 ℔ metrischen Gewichts nicht nur als feststehende hiesige Usanz zu betrachten ist, sondern auch — wie sich aus der Bekanntmachung der Commerz-Deputation vom 14. Juni 1858 ergiebt — dem Verhältniß zwischen dem englischen und hiesigen Gewichte bis auf einen kleinen Bruchtheil vollkommen entspricht, hiernach aber Beklagte, die nicht etwa in Abrede stellen, daß Kläger dem Verkäufer der Waare nach dieser Berechnung Zahlung geleistet haben, sich nicht weigern können, auch ihrerseits sich diese Berechnung gefallen zu lassen;

da ferner darin, daß der von den Klägern für telegraphische Depeschen rc. in Rechnung gestellte Ansatz einer weiteren Justification nicht bedürfe, dem angefochtenen Erkenntnisse um so mehr beizustimmen ist, als auch aus der beklagtischerseits unbestritten gebliebenen Anl. 3 sich ergiebt, daß Beklagte jedenfalls die Kosten für drei zwischen London und hier gewechselte Depeschen den Klägern zu vergüten haben;

da endlich auch in Rücksicht darauf, daß Kläger diejenige Summe, welche sie dem Verkäufer der Waare am 4. September zu zahlen hatten, den Beklagten in Rechnung gestellt hatten, es vollkommen richtig erscheint, daß Beklagte den Klägern auch den Zinsverlust zu vergüten haben, welchen die letzteren — wie das angefochtene Erkenntniß mit

Recht annimmt — dadurch erlitten, daß sie in Folge der in London bestehenden Einrichtungen für ihre Tratten auf die Beklagten von dem Käufer derselben nicht vor dem 10. September Zahlung erlangen konnten:

daß das Erkenntniß zweiter Kammer vom 14. Juni d. J. unter Verurtheilung der Beklagten, Imploranten, in die Kosten dieser Instanz lediglich zu bestätigen.

No. 103.

Zweite Kammer. Audienz vom 15. Oct. 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Krönig und Schenk.

A. Eggert mand. noie. Roussanne u. Michaelsen in Bordeaux (Dr. Wex), gegen Heinr. Pollack u. Co. (Dr. Noack.)

Kläger verlangt vom Beklagten sofortige Empfangnahme von 300 Ballen Sumac, sowie Acceptation seiner Tratten zum Belauf des Kaufpreises, unter dem Präjudiz des öffentlichen Verkaufs der Waare für Gefahr und Rechnung des Beklagten, indem er Auslieferung der Connossemente offerirt.

Beklagte wenden ein: Sie hätten auf eine Offerte des Klägers hin 500 Ballen Sumac von demselben gekauft, jedoch unter der ausdrücklichen Bedingung, daß Kläger von dieser Waare an sonst Niemanden hier am Platze etwas verkaufen würde, damit sie (Beklagte) mit derselben ohne Concurrenz am Markte seien. Nun seien ihnen trotz dieser Bedingung von Ehmert u. Co. 100 Ballen Sumac offerirt worden; und eine Vergleichung der Marken ergebe, daß diese Partie vom m. n. Kläger an E. u. Co. gekommen sei. Kläger habe überdies außergerichtlich eingestanden, daß dies der Fall. In Folge dieses Vertragsbruchs hätten Beklagte ihn aufgefordert, die Absendung der 500 Ballen an sie einzustellen. Nichtsdestoweniger hätten sie vom Kläger am 1. März die Anzeige erhalten, daß 100 Säcke bereits abgeladen seien; mit dieser Anzeige seien Connossement und Tratte eingetroffen. Sie hätten nun Anfangs die Acceptation der letzteren verweigert, auf Vorstellungen aber, die ihnen der Procurist von Eggert gemacht, seien sie mit demselben dahin einig geworden, daß zwar diese Tratte angenommen, damit aber das ganze Geschäft als erledigt betrachtet werde. Aus diesem Allen ergäben sich folgende Einreden: 1) die Einrede des jenseits nicht erfüllten Contractes, weil die demselben beigefügt gewesene Bedingung nicht erfüllt worden; 2) die Einrede der abgemachten Sache. Ferner würden vorgeschützt: 3) die Einrede des contractwidrigen Verfahrens, da Kläger laut Correspondenz nicht berechtigt gewesen wäre, vor Ende August die Waare abzusenden; und Beklagte im Schreiben vom 28. Juni den Kläger aufgefordert, die Waare nicht abzusenden; 4) die Einrede der unberechtigten Protestlevirung; 5) die Einrede der angebrachtermaßen unzuständigen Klage, da Acceptation nicht verabredet; 6) die Einrede des unstattnahmigen Präjudizes, das nur für den Fall, daß Beklagte zur Zahlung verpflichtet wären, stattfinden könne; 7) die Einrede der Pluspetition, da die Wechsel frühestens Ende August zu ziehen gewesen wären; 8) in keinem Falle könnten Beklagte Protestkosten tragen, da über die 300 in lite befindlichen Sack weder Avis noch Factura ertheilt sei.

Kläger replicirt: Von der jenseits behaupteten Bedingung fände sich in der ganzen producirten Correspondenz nichts; dieselbe werde geleugnet. Auf den Verkauf von 100 Ballen an Ehmert u. Co. komme es somit nur ganz eventuell an. Es gehe aber aus der vorliegenden Correspondenz hervor, daß derselbe jedenfalls vor Perfection des zwischen den streitenden Parteien geschlossenen Geschäftes stattgefunden habe, sei also dieses auch mit der jenseits behaupteten Bedingung versehen gewesen, so sei die letztere doch nicht durch den Handel mit E. u. Co. verletzt worden. Kläger habe auch nie eingestanden, daß er die Bedingung verletzt habe. Die Absendung der Waare sei nicht contractswidrig gewesen; vielmehr sei die Ordre des Beklagten, welche die Absendung sistiren sollen, ohne rechtliche Bedeutung. Es gehe nämlich aus den productis hervor, daß der Sumac vor der Verladung gemahlen werde; Beklagter habe den Fabrikanten hiemit beauftragt, ehe er die Abladung zu inhibiren versucht. Als er dies gethan, sei somit nicht mehr res integra gewesen. Daß bei Acceptation der Tratte über 100 Ballen das ganze Geschäft aufgehoben, sei unwahr; zum Beweise producire er den bei dieser Gelegenheit auf die Tratte gehefteten Zettel; derselbe enthalte die wahren

damals getroffenen Verabredungen; übrigens sei weder Eggert und noch weniger ein zeitweiliger Vertreter desselben (den man gegnerischerseits fälschlich einen Procuristen nenne) berechtigt gewesen, ein vom Beklagten direct mit den klägerischen Mandanten geschlossenes Geschäft wieder aufzuheben. — Die Berichtigung des Kaufpreises durch Accepte des Beklagten sei, (abgesehen davon, daß sie auf Usanca beruhe) Uebereinkunft der Parteien; wie schon daraus hervorgehe, daß Beklagte die Tratte über die 100 Sack in der That acceptirt haben. — Ueber die 300 in lite befindlichen Sack sei ihnen Advis und Factura rechtzeitig zugegangen.

Beklagte dupliciren: Die Perfection des Kaufes datire von dem Bestätigungsschreiben des Bordeauxer Hauses, nicht von der hiesigen Uebereinkunft zwischen Kläger und Beklagten. —

Erkannt:

da die Einrede des nicht erfüllten Contracts darauf gegründet wird, daß der klägerische Vertreter Eggert beim Abschluß des Handels den Beklagten die Zusage gemacht, daß die Kläger nichts von dergleichen Waare hierher verkaufen und liefern sollten, bis die Beklagten mit der gekauften Waare geräumt, Kläger aber an Ehmer u. Co. 100 Ballen Sumac der gleichen Marke wie die libellirte bald nach Perfection dieses Handels verkauft und geliefert hätten;

da hier aber gar nicht ein durch Eggert allein abgeschlossener Verkauf unter den Parteien vorliegt, sondern die Correspondenz ergiebt, daß, nachdem Eggert (Anlage 4) den Beklagten die fragliche Waare zwar fest verkauft hatte, sich aber auf die directe Bestätigung seines Hauses bezog — eine Fassung, die in Anl. 9 ihre Motivirung dadurch findet, daß eine feste Offerte der Kläger bereits außer Kraft war — die Beklagten sich hierdurch veranlaßt sahen, ihre Annahme der Offerte direct den Klägern zu überschreiben (Anl. 2), worauf die Kläger am 10. März erwiederten (Anl. 3): cette affaire est aujourd'hui en règle pour la quantité entière &c. so daß also dem Abschlusse durch den Agenten ein directer unter den Parteien gefolgt ist, und folgeweise die Beklagten ein Moment, welches Eggert ihnen concedirt haben soll, welches sie aber den Klägern nicht überschrieben haben, jetzt nicht mehr gegen die Kläger geltend machen können, weil in der Auslassung der behaupteten Bedingung im Schreiben vom 5. März 1862, wenn sie überall zugestanden war, nichts Anderes als ein Verzicht auf dieselbe gefunden werden muß, nachdem die Bestätigung des Handels in Anl. 4 in Bezug genommen und in Anl. 2 veranlaßt ist;

da die fernere Einrede der abgemachten Sache darauf gestützt wird, daß die Beklagten bei Acceptleistung für die letzten 100 Ballen Sumac, welche sie angenommen, mit dem Eggert in dessen Abwesenheit vertretenden Procuristen übereingekommen seien, das fragliche Accept nur unter der Bedingung zu leisten, daß damit ihr Contract wegen der noch nicht gelieferten jetzt im Proceß befindlichen Ballen Sumac annullirt sei, Beklagte hätten noch besonders diese Bedingung schriftlich auf einem Zettel der Tratte angeheftet und sei derselbe mit den Wechsel klägerischerseits entgegengenommen;

da nun, abgesehen von dem producirten, aber noch nicht recognoscirten Zettel, welcher eine ganz andere Bedingung enthält, einem solchen Einwand entgegensteht, daß der zu Abschlüssen offenbar nur modificirt potestivirte Agent (Anl. 4) Eggert zur Wiederaufhebung des Contracts für die Kläger nicht autorisirt angesehen werden konnte, weil der Prinzipal gegen seinen wirklichen Willen höchstens durch seinen vermuthlichen Willen dem Dritten gegenüber verpflichtet werden kann, die Correspondenz der Beklagten mit den Klägern aber die Annahme ihres Willens, den Contract aufzuheben, ausschloß (vgl. Anl. 8. 9 u. 11), so daß selbst dann, wenn der Handlungsbevollmächtigte — und Eggert ist nach Erklärung der Beklagten nicht etwa der Commissionair der Kläger, sondern nur ihr Agent gewesen — befugt anzusehen wäre, in seiner Vollmacht sich einen Anderen zu substituiren, den etwaigen Beredungen zwischen dem Beklagten und einem Eggertschen Procuristen keine für die Kläger verbindliche Kraft in Bezug auf die Aufhebung des geschlossenen Contractes beigemessen werden darf;

da in Bezug auf die dritte Einrede es seine Richtigkeit hat, daß die fragliche Waare nach Convenirung der Beklagten bis August d. J. zu liefern war, eine contractwidrige Absendung aber

noch nicht in Abladungen d. d. Bordeaux, den 11. u. 28. Juli d. J. gefunden werden kann, nachdem in Anl. 3 die Kläger erklärt hatten, daß sie wegen des Mahlens der Waare baldige Instruction der Bekl. erbäten, um den Liefertermin einhalten zu können, und darauf am 27. März die Beklagten zwar geschrieben haben: „die Mahlung nicht zu übereilen", am 2. Juni dagegen beordert haben: „was von dem groben Sumac fertig wird, sofort mit früherer Marke an sie zu verladen;"

denn das beklagtische Schreiben vom 28. Juni d. J. Anl. 8, ist nach seiner Begründung nicht etwa als eine Contraordre in Bezug auf die Verladung aufzufassen, sondern als ein Versuch der Beklagten sich überhaupt von dem Geschäfte loszusagen, brauchte also von den Klägern überall nicht attendirt zu werden, und eine Lieferung „bis August" durfte von den Klägern nicht auf das Ende, sondern auf den Lauf des fraglichen Monats bezogen werden,

da es ebenfalls richtig ist, daß in den Anl. 2—4 über die Zahlungsmodalität etwas Bestimmtes nicht festgesetzt ist, dennoch aber Kläger befugt zu erachten, gegen Auslieferung des Connossements Accept per 3 Monate zu beanspruchen, weil diese Art der Zahlung bisher unter den Parteien bei gleichen Geschäften zur Anwendung gekommen, also ein stillschweigendes Einverständniß darüber anzunehmen ist, auch eine solche Zahlungsweise die Beklagten weniger als eine Contant-Zahlung bei Ankunft der Waare beschwert, da endlich die Beklagten mit Unrecht gravaminiren, daß von ihnen Accept ohne Advis und Factura verlangt sei, indem es zwar scheint, daß nur das Original der Anl. 10, nicht aber der Anl. 10a. und Anl. 12, ihnen zugestellt worden, weil die letzteren sich bei der klägerischen Acte befinden: jedenfalls aber diesem Mangel mit Anstellung der Klage abgeholfen ist und die Beklagten, welche das Nothwendige aus dem Connossement und den Tratten ersehen konnten, in den Antworten zum Protest solchen Mangel nicht einmal gerügt haben; auch die Proteste Anl. 13, wegen der durch Aufnahme der Waare nothwendig entstehenden Posten als unnütz aufgewendet nicht anzusehen sind; und Anl. 15 und 17 theils schon wegen geweigerter Annahme der Wechsel zu erheben waren, theils weil gegen Accept die Connossemente ausgeliefert werden sollten, also auch zur Constatirung dieses Anerbietens notarielle Hülfe nicht zu umgehen war:

daß Beklagter zu verpflichten, innerhalb 24 Stunden die Anl. 14 und 16 mit ihrem Accepte gegen Abnahme der libellirten 300 Ballen Sumac und Auslieferung der betreffenden Connossemente zu versehen, auch dem m. n. Kläger die auf der Waare haftenden Kosten, vorbehältlich deren Justification, sammt Protest und Proceßkosten zu ersetzen,

in Entstehung dessen Letztere zu befugen, die gedachte Waare praevia notificatione legali zu ordnungsmäßigem öffentlichen Verkauf für beklagtische Gefahr und Rechnung zu bringen, um durch Deposition der Nettoprovenueen bis zu Verfall der Anl. 14 und 16 Sicherheit wegen nicht geleisteten Acceptes zu erlangen, zu Verfall aber den schuldigen Betrag zu erheben, und soll im Fall eines Mindererlöses aus der gedachten Waare wegen Deposition der Restschuld weiter wie Rechtens erkannt worden.

Obergericht.

No. 42.

In Sachen J. H. Boye und J. H. Krogmann gegen C. N. Hirsekorn (cf. No. 33 und No. 37 der Gerichtszeitung, Prätur Nr. 14 und Niedergericht No. 23) hat das Obergericht am 24. October 1861 erkannt:

Da der Beklagte beim Ankaufe seines Grundstückes an der „schönen Aussicht", in dem von ihm producirten Kaufcontract, durch den Verkäufer Dr. Abendroth, verpflichtet worden ist, außer verschiedenen anderen Verbindlichkeiten, auch die folgenden beiden, von sämmtlichen Eigenthümern an der „schönen Aussicht" eingegangenen zu übernehmen, nämlich erstens: der dem Platze im Landbuche zu annectirenden Clausel gemäß den angrenzenden Fahrweg in gutem Zustande zu

erhalten, und ferner: einem Verein der Eigenthümer an der „schönen Aussicht“ beizutreten, welcher bezweckt, durch eine von ihm gewählte Comité, auf gemeinschaftliche Kosten, nicht blos die den Eigenthümern obliegende Unterhaltung der Straße beschaffen, sondern auch andere Arbeiten von gemeinsamem Interesse, welche die Mehrheit beschließe, ausführen zu lassen.

Da hiernach der Beklagte durch die Unterzeichnung des Kaufcontracts, allerdings mit der Erwerbung seines Grundstückes Mitglied des gedachten Vereins (oder der mit demselben unbestritten identischen klägerischen Interessentschaft) werden zu wollen erklärte, wie denn vom Beklagten diese seine Mitgliedschaft seitdem auch dadurch wiederholt anerkannt worden ist, daß er für die Unterhaltung des sein Grundstück berührenden Theils der Straße niemals selbst Sorge getragen, dagegen geständlich die ihm hierfür, sowie für die von der Interessentschaft beschlossene Gasbeleuchtung der Straße und Anstellung eines Wächters von den Deputirten abverlangten Beiträge, — zwar angeblich unter einem Protest gegen die Modalität der Kostenvertheilung, jedoch ohne seine Verpflichtung allgemein in Abrede zu stellen, — während mehrerer Jahre bezahlt hat;

da unter diesen Umständen aber des Beklagten jetzige Weigerung, den von ihm als Mitglied der klägerischen Interessentschaft für dieselben Leistungen während des Jahres 1860—61 geforderten Beitrag zu bezahlen, nicht für rechtlich begründet erachtet werden kann, da Beklagter nämlich seine Weigerung einmal darauf stützt, daß er bei den Kosten für die Unterhaltung der Straße sich die von der Interessentschaft im § 2 des Statuts beschlossene Art der Vertheilung derselben nicht gefallen lassen zu dürfen glaube, weil sie seines Erachtens nicht im Einklang steht mit dem von seinem Verkäufer im Kaufcontract über diesen Punkt bemerkten, und da er ferner die Zahlung verweigert, weil er, gleichfalls in Betracht des Wortlauts des Kaufcontracts, der Interessentschaft das Recht bestreitet, die Einführung einer Gasbeleuchtung der Straße und die Anstellung eines Wächters auf gemeinschaftliche Kosten der Interessentschaft zu beschließen;

da jedoch der Beklagte, nachdem er einmal Mitglied der klägerischen Interessentschaft geworden ist, sich dem Statut und den statutmäßigen Beschlüssen derselben, eben so wie jeder andere Interessent unterwerfen muß, und er sich, wenn er es vor der Unterzeichnung des Kaufcontracts versäumt haben sollte, bei den Vertretern der Interessentschaft selbst über deren Einrichtung und Zweck genauere Auskunft als der Kaufcontract enthält, einzuziehen, der Interessentschaft gegenüber auf jenen Contract nicht mehr beziehen kann;

da hiernach nun der Beklagte weder der im § 2 des Statuts beliebten Vertheilung der für die Unterhaltung der Straße aufgewandten Kosten zu widersprechen berechtigt ist, noch die von der Interessentschaft vom 30. Decbr. 1856, ausweise des beigebrachten Protocolls, mit mehr als drei Viertheilen sämmtlicher berechtigter Stimmen beschlossene Gasbeleuchtung der Straße und Anstellung eines Wächters, die beide unzweifelhaft im Interesse der Anwohner liegende Einrichtungen sind, als statutwidrige Maaßregeln wird anfechten können, vielmehr die klägerische Forderung, da die Richtigkeit der beigebrachten Abrechnung vom Beklagten nicht angefochten worden, schon jetzt völlig liquide erscheint, und es darauf: ob Beklagter bei früheren Zahlungen einen jedenfalls ungerechtfertigten Protest wider die Vertheilung der Kosten eingelegt hat, nicht weiter ankommt:

> daß das Niedergerichtliche Decret a quo vom 1. Septbr. d. J. dahin abzuändern, daß der dem Beklagten nachgelassene Beweis wegzufallen habe, dagegen dasselbe, soweit es den Beklagten verpflichtet die libellirten Crt℔ 176. 6 ß, nebst Zinsen vom Tage der ersten Citation und den Kosten des Praturverfahrens innerhalb 14 Tagen s. p. exec., an die Kläger zu bezahlen, zu confirmiren sei.

No. 43.

In Sachen J. H. Richter gegen die Polizei-Behörde (cf. No. 43 der Gerichtszeitung. Praturen: No. 15) hat die Beklagte gegen das Erkenntniß der Pratur an das Obergericht supplicirt, welches am 7. November erkannt hat:

Da der Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits nicht zu einer von denjenigen Kategorien gehört, in welchen ohne Rücksicht auf ihren pecuniären Belauf oder Werth durch gesetzliche Bestimmungen oder eine constant anerkannte Praxis die Entscheidung den Prätur en zugewiesen ist,

da die verklagte Behörde in erster Instanz nicht den Einwand, daß das Streitobject die Competenz der Prätur übersteige, und demnach die Verhandlung darüber an das Niedergericht zu verweisen sei, erhoben, auch der ausdrücklichen Erklärung des Klägers, daß er die Klage vor dem ratione sumae competenten Gericht erster Instanz angebracht habe, nicht widersprochen, vielmehr diese Behauptung stillschweigend concedirt hat,

da aber einer Partei auch dann, wenn dieselbe nachweislich nur durch ihre stillschweigende Provocation die Zuständigkeit des in erster Instanz entscheidenden Richters begründet haben sollte, nicht die Befugniß zustehen kann, hiervon nach Willkühr zu recediren, und dergestalt sich einen Instanzenzug zu erwählen, dessen Competenz, abgesehen von den oberwähnten Ausnahmsfällen, durch eine Beschwerdesumme bedingt sein würde, welche durch ihren Belauf die Cognition der Prätur in erster Instanz nach gesetzlicher Vorschrift ausschließt,

daß die verklagte Behörde mit ihrer gegen das Erkenntniß des zweiten Herrn Prätor vom 6. October d. J. erhobenen Supplication, als an das Obergericht nicht erwachsen, abzuweisen, derselben aber wegen Anbringung des Rechtsmittels gegen das gedachte Erkenntniß bei dem dafür competenten forum ihre Competenzien, so weit Rechtens, vorzubehalten seien.

Niedergericht.

Nr. 25.

Dr. Joh. Carl Gottfr. Beyer (Dr. Wer) gegen Hochlöbliche Polizeibehörde (Dr. Schröder).

In dem in No. 35 der „Gerichts-Zeitung" referirten Falle hat die Beklagte — nachdem ihr durch Obergerichtliches Erkenntniß die hauptsächliche Einlassung auferlegt worden — in der Sache selbst folgendes gegen die Klage eingewendet: Sie wolle es zunächst dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob nicht der vorliegende Streit wegen seines geringen Werthobjectes richtiger vor die Prätur gehöre. Jedenfalls aber sei der Kläger wegen fehlender Activlegitimation abzuweisen, da demselben ein Eigenthumsrecht an den vindicirten Briefen überall nicht zustehe, indem der Adressat eines Briefes erst durch den Empfang desselben Eigenthum an dem Briefe erwerben könne. Der in der Klage angedeutete Gesichtspunkt, nach welchem die beklagte Behörde die Briefe als Mandatar oder negotiorum gestor entgegengenommen haben solle, sei ein vollständig unrichtiger, da die Beklagte eine Stellvertretung des Klägers keineswegs beabsichtigt, der Chef der Gefängnißverwaltung vielmehr die Briefe lediglich Kraft seines Amtes an sich genommen habe. — Nur eventuell auf das Innere der Sache eingehend, mache Beklagte namentlich geltend, daß die Confiscation der Briefe jedenfalls wegen ihres gemeinschädlichen Inhalts gerechtfertigt erscheine, es enthielte nämlich der eine der in Rede stehenden Briefe eine s. g. Adresse abseiten des Vorstandes und der Aeltesten der breslauer christkatholischen Gemeinde, in welcher sich die gröbsten Schmähungen gegen die hamburgischen Behörden befänden, und in welcher gleichzeitig der Kläger ermächtigt werde, jenes Schriftstück durch den Druck zu veröffentlichen. Der zweite Brief enthalte eine Zuschrift von Johannes Ronge ähnlichen Inhalts. Die Briefe seien auch offenbar dazu bestimmt, in die Hände der hamburgischen Behörde zu fallen, was sich daraus ergebe, daß sie auf dem Couverte die Adresse: „Winserbaum" tragen. Dieselben seien also nichts Anderes, als ein für den Druck bestimmtes Manuscript gemeinschädlichen Inhalts, dessen Unterdrückung eine Pflicht der die Presse überwachenden Polizei sein müsse; die Briefe seien ferner ihres schädlichen Inhalts halber ähnlich wie z. B. vergiftete Waffen, falsches Papiergeld, tolle Hunde als res extra commercium zu behandeln. Endlich sei es ein unbestreitbares Recht des Gefängnißvorstandes, die für einen Strafgefangenen bestimmten Briefe an sich zu nehmen und zu lesen, während ihm andererseits keine weitere Verpflichtung obliegen könne, als diejenige, den Gefangenen mit dem Inhalte bekannt zu machen, so weit dieser ein Interesse für ihn haben könnte, von einer Verpflichtung zur Auslieferung der Briefe selbst aber überall keine Rede sein könne. Im vorliegenden Falle würde es also genügt haben, wenn die Beklagte dem Kläger nur eröffnet hätte, daß von Breslau aus eine Adresse unziemlichen Inhalts an ihn gelangt sei; man habe aber noch ein übriges gethan, indem man ihm eine Einsicht in dieselbe gestattet. An einem weiteren Interesse des Klägers an dem Inhalte der Briefe fehle es gänzlich.

Kläger entgegnet: Die Competenz des Niedergerichts stehe fest, nachdem die beklagtische Einrede der Incompetenz *) verworfen und Beklagte zur hauptsächlichen Einlassung vor dem Niedergericht verpflichtet worden. Außerdem lasse sich ein pecuniärer Werth des gegenwärtigen Streitobjectes nicht angeben und sei also das forum generale begründet. — Anlangend das gegnerische Bestreiten seiner Legetimation zu der gegenwärtigen Klage, so sei ersichtlich in erster Linie es Sache der Beklagten, eine Rechtfertigung für ihre eigenmächtige Besitzergreifung der Briefe und ihre unbefugte Eröffnung derselben aufzustellen; so lange die Beklagte selbst die Briefe sine causa besitze, könne sie nicht verlangen, daß der Adressat derselben ein Eigenthums-

---

*) cf. „Gerichts-Zeitung" No. 35.

recht nachweise. Die einzige Voraussetzung aber, unter welcher die Beklagte allenfalls die Briefe bona fide an sich genommen haben könne, sei diejenige, daß sie dieselben als Mandatar des Klägers angenommen, sobald sie dagegen die Herausgabe weigere, besitze sie die Briefe offenbar sine titulo und mala fide. Ueberdies aber habe er allerdings Eigenthum an den Briefen erworben, und zwar vermittelst der Absendung derselben an seine Adresse. Indem nämlich der Absender eines Briefes denselben zur Beförderung an den Adressaten der Post übergebe, documentire er durch diesen Act seinen Willen, das Eigenthum an dem Briefe auf den Adressaten zu übertragen, während andererseits die Post für diesen und gleichsam als sein Mandatar das Eigenthum an dem Briefe erwerbe. Unter allen Umständen aber müsse ein selbstständiges Recht des Adressaten an dem Briefe mindestens in dem Moment angenommen werden, in welchem die Post-Verwaltung den Brief zur Uebermittelung an den Adressaten dem Briefträger übergebe. Zum Ueberfluß producire er eine Erklärung der Absender (Anl. 2), in welcher diese den Kläger als denjenigen bezeichnen, welchem sie das Eigenthum an den Briefen schon durch Absendung derselben übertragen haben wollen, eventuell aber nunmehr zu übertragen bereit seien. — Die in der Sache selbst von der Beklagten erhobenen Einwendungen seien vollständig hinfällig. Zunächst habe die Beklagte von dem Inhalte der Briefe selbst eben nur durch den völlig rechtswidrigen Act ihrer Erbrechung Kunde erlangt, sie könne sich also zu ihrer Vertheidigung schon aus diesem Grunde nicht auf diesen Inhalt berufen. Unwahr sei es, daß die Briefe für den Druck bestimmt gewesen, sie haben lediglich eine Privatadresse enthalten, zur Unterdrückung einer solchen sei die Polizei gewiß nicht berechtigt. Ebensowenig aber liege es in den Befugnissen derselben, selbst ein für die Presse bestimmtes Manuscript, von dessen Existenz sie zufällig Kunde bekommen, vorher zu unterdrücken, da eine derartige Censur ihr keineswegs zustehe. Aus diesen Gesichtspunkten erledigen sich die beklagtischen Behauptungen eines angeblich gemeinschädlichen Inhaltes der Briefe von selbst, wie auch die übrigen von der Beklagten gewählten Beispiele völlig inept und hinfällig erschienen.

Erkannt:

da Kläger mit der Eigenthumsklage die Herausgabe eines während seiner im Winserbaum erlittenen Strafhaft daselbst mit der Stadtpost für ihn eingegangenen Briefes fordert;

da, wenn die beklagtische Behörde die Legitimation des Klägers zur Anstellung dieser Klage bestreitet, zwar die Post, der ein Brief zur Beförderung übergeben wird, nur als Mandatar des Absenders erscheint und das Eigenthum erst durch seine Aushändigung an den Adressaten auf diesen übergeht, bis dahin aber bei dem Absender verbleibt, im vorliegenden Falle jedoch der Polizeiherr (weil selbstverständlich der Briefverkehr mit Strafgefangenen nur unter Controlle ihrer Vorgesetzten stattfinden darf) kraft seines Amtes als Chef der Gefängnißverwaltung das in Rede stehende Schreiben für den Kläger angenommen und eröffnet, und letzterer sich mit solcher Annahme (ausweise der Polizeiacten) einverstanden erklärt hat, ihm mithin nach den Grundsätzen der negotiorum gestio das Eigenthum dieses Schreibens erworben ist;

da aber die bekl. Behörde auch dem legitimirten Kläger die Auslieferung der Briefe seines strafbaren Inhalts wegen verweigert,

da der Inhalt, von welchem der Polizeiherr Kenntniß nehmen mußte, in dieser Beziehung allerdings in Betracht kommt, weil die Unterdrückung gesetzwidriger Handlungen zu den Obliegenheiten der Polizeibehörde gehört;

da nun der Brief eine an den Kläger gerichtete Adresse enthält, welche nach dem anliegenden Begleitschreiben als eine Demonstration zu Gunsten des Klägers gegen die wider ihn erkannte und an ihm vollzogene Strafhaft dienen sollte,

da in dieser Adresse die hiesigen Behörden geschmäht und verunglimpft werden, diese Schmähungen auch nicht etwa als in vertraulicher Mittheilung geschehene Meinungsäußerungen gelten können, weil das Schreiben an einen Strafgefangenen unter der Adresse seines Haftlocals „Winserbaum“ gerichtet war und die Absender also wissen mußten, daß nicht der Adressat, sondern die Gefängnißbehörde zunächst es lesen würde, die Adresse vielmehr als eine die Verhöhnung der darin geschmäheten hiesigen Behörde beabsichtigende Demonstration angesehen werden muß, die Polizeibehörde aber dergleichen unstatthafte Demonstrationen, gleichviel, ob sie mündlich oder schriftlich beabsichtigt wurden, zu verhindern verpflichtet ist, und das betreffende Schreiben, welches sich lediglich als das Organ und Product einer gesetzwidrigen Handlung darstellt, zu confisciren um so berechtigter erscheint, als einerseits sich an den Besitz desselben irgend ein materielles Interesse des Klägers nicht knüpft und als andererseits in dem der Adresse anliegenden Begleitschreiben die ausdrückliche Ermächtigung des Klägers enthalten war, jene durch die hiesige Presse veröffentlichen zu lassen,

daß Kläger mit seiner Klage, wiewohl unter Compensation der Proceßkosten, abzuweisen sei.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 26.
Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 47. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.
Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 22. November. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Strube & Co. c. Steinle. — Cur. bon. Brücher c. Hofmeister. — Wiener c. Baruch & Borchardt. — Obergericht: Günther c. Finanzdeputation.

Handelsgericht.

No. 104.

Erste Kammer. Audienz vom 6. November 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Mutzenbecher und Abegg.

C. Strube & Co. (Dr. Sieveking) gegen C. Steinle (Dr. Antoine-Feill).

Die Kläger verlangen Bezahlung von pro resto Bco℔ 137. nebst Zinsen auf ein Accept des Beklagten (Anlage 1).*) Es seien auf dasselbe nämlich nur Bco℔ 1843. 11 gezahlt worden, während der Werth der Wechselsumme zur Verfallzeit ausweise der „Hamburger Geld- und Effecten-Börse“ vom 17. October d. J. (Anl. 2), da der Säulenpiaster damals auf 46½ ß Bco. kam, in der That Bco℔ 1980. 11 betragen habe.

Der Beklagte wendet ein: Es handle sich lediglich um eine Coursdifferenz, indem die Kläger bei ihrer Berechnung der Wechselsumme sich an eine nicht officielle Angabe in der „Hamburger Effecten-Börse“ gehalten, während er sich den Cours auf Madrid zur Richtschnur genommen, da Arroyo spanische Colonie sei, der Wechsel auf Dollars Spanish laute und Madrid somit als der hauptsächlichste Wechselplatz erscheine. Er habe hierbei, da der Cours auf Madrid hier nur drei Monate dato notirt zu werden pflege, 5 pCt. Zinsen zugelegt, um den kurzen Cours herzustellen, und danach bezahlt. Daß diese Berechnung der Wechselsumme, welche zugleich die usanzmäßige sei, die einzig richtige gewesen, ergebe sich sowohl aus §. 4 des hiesigen Einführungsgesetzes zur deutschen Wechselordnung *), als aus dem Wortlaute seines Acceptes.

---

*) Die Anlage 1 ist eine von den Remittenten an Petersen & Riefkohl in St. Thomas, und von diesen an die Kläger indossirte Tratte, welche lautet:

Arroyo, 4. Sept. 1862.

Exchange for D. 681. 52.

Fifteen days after sight of this First of Exchange (Second and Third of the same Tenor and date not paid) pay to the Order of Mess. Raon Almide & Co. the Sum of Six Hundred and Eighty one and 52 Cts. Dollars Spanish or its equivalent in Mark Banco, Value received, and place the same with or without further advice to account of

Ed. Steinle Esq. (gez.) H. W. Herzbruch.
Hamburg.

Das Accept lautet: Angenommen, zahlbar in Hambg. Banco zum Cours nach Usance. (gez.) E. Steinle.

*) Dieser §. 4 lautet: „Wenn ein Wechsel auf eine fremde Landesmünze, welche hieselbst keinen Umlauf hat,

Die Kläger entgegnen: Unter den spanish dollars der Anlage 1 seien, wie sich aus einem Briefe ihrer Indossanten an sie (Anlage 3) deutlich ergebe, pillar-dollars oder Säulenpiaster zu verstehen; und deren Cours sei nach der übereinstimmenden Notirung aller Blätter am Verfalltage $46\frac{1}{2}$ ß Bco. pr. Stück gewesen. Zur Berechnung nach dem Cours auf Madrid liege gar kein Grund vor; auch sei dieselbe nicht usanzmäßig.

Der Beklagte duplicirt: Es handle sich hier nicht um Säulenpiaster, sondern um Spanische Thaler, deren Werth nach dem Course des Mutterlandes zu berechnen sei.

Erkannt:

Da der Wechsel, Anl. 1, nicht auf Pillar-Dollars, sondern nur auf Dollars spanish lautet, unter diesem letzteren Ausdruck aber nicht Säulen-Piaster verstanden werden können, sondern nur die in dem hiesigen Wechselcours notirten harten Silberpiaster zu 20 Realen de Vellon;

da hiernach und in Uebereinstimmung mit der Vorschrift des §. 4 des Einführungsgesetzes zur Allgemeinen Wechsel-Ordnung Kläger nur Zahlung zu dem am Verfalltage des Wechsels notirten Cours auf Madrid verlangen können und zwar — da dieser Cours nur für Drei-Monats-Wechsel notirt wird — unter Hinzurechnung der Zinsen für drei Monate;

da Kläger auch nicht in Abrede stellen, daß ihnen Zahlung nach dieser Berechnung geleistet worden:

daß Kläger mit der von ihnen erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Prozeßkosten abzuweisen.

---

lautet, ohne daß der Aussteller sich dabei des Wortes „effectiv" oder eines gleichbedeutenden Ausdruckes bedient oder eine anderweitige Bestimmung über die Art der Bezahlung getroffen hat, so ist die Wechselsumme entweder in der im Wechsel benannten Münze oder in Banco nach dem zur Verfallzeit notirten, oder, wenn solche Notirung nicht stattfindet, nach dem sonst geltenden kurzen Cours auf den hauptsächlichsten Wechselplatz des Landes, welchem jene Münze angehört, zu bezahlen."

No. 105.

Zweite Kammer. Audienz vom 7. November 1862.

Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Siemssen und Durrieu.

Curat. bonor. der Fallitmasse L. J. Brücher Wwe. (Dr. Oppenheimer) gegen F. Hofmeister (Dr. Cropp).

Kläger verlangen auf Grund eines zwischen dem verstorbenen Brücher,* dessen falliten Nachlaß sie als Curatoren verwalten, und dem Beklagten am 14. October 1857 geschlossenen Societätscontractes principaliter die Bezahlung sämmtlicher Societätsschulden im Belaufe von Ct℔ 7319. 15, da Beklagter als Associé in solidum für dieselben hafte; eventualiter Ct℔ 3659. $15\frac{1}{2}$, als die Hälfte der obigen Summe, falls Beklagter nur nach Verhältniß seines Gewinnantheils pro rata haften sollte; in fernerer Eventualität endlich Ct℔ 875. $2\frac{1}{2}$, welche Beklagter der klägerischen Masse noch schulde und zwar theils als Rückstand auf den von ihm contractmäßig zu leistenden Einschuß von Ct℔ 3000, theils an von ihm zu bezahlender Miethe, theils für aus dem mit dem Falliten gemeinsam betriebenen Geschäfte entnommene Uhren.

Beklagter opponirt zuvörderst in Einrede der dunklen und unschlüssigen Klage; weil Kläger als Curatoren der Fallitmasse der Wittwe Brücher ohne Weiteres aus einem Contracte, den der verstorbene Brücher abgeschlossen, nicht klagen könnten, um so weniger, da Brücher nicht allein eine Wittwe, sondern auch Kinder hinterlassen habe. — Was sodann das principale petitum der Kläger anlange, so könne von einer Haftung des Beklagten in solidum nur dann die Rede sein, wenn derselbe offener socius gewesen wäre. Nähme man aber dies an, so seien Kläger nicht legitimirt; denn sie seien nicht Curatoren der falliten Firma Brüchers; und wären sie dies, so könnten sie gegen den offenen socius nicht klagen, sondern nur bei der Fallitcommission geeignete Anträge gegen denselben stellen. Als Curatoren verträten Kläger die creditores nur insoweit, als diese Forderungen an die Fallitmasse hätten; Rechte, welche die Gläubiger gegen Dritte zu haben vermeinen, müßten von ihnen einzeln geltend gemacht werden, um so mehr, als ihnen ganz verschiedene Einreden entgegenstehen könnten. Nun aber sei das Verhältniß zwischen Brücher und Hofmeister eine stille Societät gewesen; so daß letzterer

nie über seinen Einschuß von 3000 ℔ hinaus haften könne. Die Handlung sei nach dem Contracte auf Brücher's Namen geführt, und die Ladeneinrichtung habe bei Hofmeister's Austritte Brücher verbleiben sollen. Daß Beklagter sich jemals als offner socius gerirt, werde bestritten, und könne ihm auch, wenn es der Fall gewesen, nur denjenigen, gegenüber welchen die gestio geschehen, obligiren, niemals aber für die beklagtische Fallitmasse Rechte begründen. Die eventuellen petita gingen offenbar von dem Bestehen einer stillen Societät aus. Wenn das erste derselben aber meine, bei einer solchen hafte der stille associé für die Hälfte der Societätsschulden, so sei dies irrig; er hafte vielmehr niemals über seinen Einschuß hinaus (cf. Erk. des O.-A.-G. bei Voigt, Archiv II. pag. 440). Beiden eventuellen petitis zusammen opponire er zunächst die Einrede der Incompetenz, da laut § 15 des Vertrages Streitigkeiten der Socii vor ein Schiedsgericht gebracht werden sollen. Ferner obstire den Klägern als Einrede, daß laut § 14 des Vertrages Beklagter verbunden sei, das Verhältniß mit allen Erben Brüchers fortzusetzen, nicht aber mit dessen Wittwe allein. Endlich stehe ihnen auch die Einrede des dolus aus der Person des Brücher entgegen; denn dieser habe die mit des Beklagten Gelde angeschafften Uhren für seine Privatschulden in Versatz gegeben.

Kläger repliciren: Ihre Legitimation angehend, so hätten die Kinder des in materieller Insolvenz verstorbenen Brücher dessen Erbschaft repudiirt; die Wittwe, die cum beneficio angetreten, sei somit alleinige Inhaberinn aller vormaligen Rechte Brüchers; als Vertreter des corpus creditorum der Wittwe seien somit Kläger vollständig ad causam legitimirt. Es sei sodann dem Gegner nicht gelungen, die Qualität des Vertrages als einer offenen Gesellschaft in Frage zu stellen. Nirgend in dem Societätscontract stehe, daß Hofmeister nur bis zu seinem Einschusse von 3000 ℔ haften solle; überdies habe derselbe überaus thätig in den Geschäftsgang eingegriffen, so daß er schon um deswillen nicht als stiller Compagnon angesehen werden könne. Auch habe er sich stets als offener socius gerirt, und würde darum als solcher zu behandeln sein, auch wenn er es nicht schon nach dem Contracte wäre (cf. Voigt N. A. II., pag. 418 seqn.). Für die Legitimation der Kläger zur Sache führe er noch an das O.-A.-G. Erk. Saalfeld c. Martiensen (bei Voigt l. c. pag. 443). Auf eine specielle Begründung der eventuellen petita verzichtend, wolle er nur die auf der Jenseite erhobene Beschuldigung des dolus zurückweisen, und gegen die Einrede der Incompetenz bemerken, daß die curatores an die jenseits citirte Stelle des Vertrages nicht gebunden sein könnten; auch gehe das Compromiß bekanntlich nicht auf die Erben über.

Erkannt:

daß es als Grundsatz für die weitere Entscheidung festzustellen, daß der Beklagte an und für sich verpflichtet zu erachten, den Verlust, welcher den verstorbenen Brücher bei dem Handel mit Uhren erwachsen, zur Hälfte zu tragen und also, falls diese Hälfte des Verlustes sich höher belaufen sollte, als die Summe, welche beim Ableben des Brücher von seinem, des Beklagten, Einschuß noch in dessen Geschäfte war, den Klägern das fehlende zu zahlen;

daß Kläger aber schuldig seien, sub poena contumaciae innerhalb 14 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses auf gehörige Weise anzugeben, resp. unter Vorlage der Geschäftsbücher nachzuweisen, daß bei dem von Th. Ignaz Brücher betriebenen Handel mit Uhren sich ein Verlust und zwar ein Verlust ergeben habe, dessen Hälfte das von den Klägern selbst auf Ct.℔ 2331 $11\frac{1}{2}$ ß angegebene Guthaben des Beklagten bei dem verstorbenen Brücher überschreitet.

Dem Beklagten werden alle Competention gegen diese Angaben und Vorlagen vorbehalten, so wie auch den Parteien alle Gerechtsame wegen des von ihnen sonst noch Vorgebrachten, namentlich also auch dem Beklagten wegen der von ihm in pessimum eventum vorgeschützten Einrede des dolus reservirt bleiben, und soll nach klägerischer Parition dieses Erkenntnisses weiter erkannt werden wie Rechtens.

Entscheidungsgründe.

Bei der Beurtheilung der vorliegenden Sache mußte davon ausgegangen werden, daß die Kläger, als curatores bonorum der Fallitmasse der Johanna Maria Pauline, geb. Liesegang, des verstorbenen Theodor Ignaz Brücher Wittwe, nur zur Geltendmachung solcher Ansprüche gegen den Beklagten legitimirt sind, welche der Fallitin gegen ihn zustanden. Nur diese Rechte sind durch das Fallissement auf das corpus creditorum übergangen und nur für die Verfolgung solcher Rechte sind die Vertreter der Masse ad causam legitimirt.

Dabei aber konnte es keinen Unterschied machen,

ob die behaupteten Rechte von der Fallitin proprio nomine erworben oder ob dieselben ihr mit dem Nachlasse ihres Mannes angefallen waren. Nachdem sie die Erbschaft ihres Ehemannes angetreten hatte, waren alle in derselben befindlichen Rechte und Ansprüche in ihr Vermögen übergegangen und mit diesem Vermögen sind dieselben den Curatoren ihrer Fallitmasse überkommen. Allerdings ist bis jetzt nicht außer Zweifel gestellt, daß die Wittwe Brücher, wie die Kläger behauptet haben, die einzige Intestat-Erbin ihres Mannes geworden sei, und es mußte deswegen den Klägern auferlegt werden, nachzuweisen, daß die Kinder des verstorbenen Brücher dessen Nachlaß repudiirt haben. *) Allein die Entscheidung brauchte darum nicht ausgesetzt zu werden, weil die Wittwe, sollte sie auch nicht alleinige Erbin ihres Ehemannes geworden sein, doch pro parte demselben ab intestato sucedirt sein würde und nach den übereinstimmenden Anträgen beider Parteien für jetzt nur darüber zu erkennen war, ob und respective in wieweit der Beklagte überhaupt für verpflichtet zu erachten ist?

Die Rechte der Erben defuncti Brücher und deren Rechtsnachfolger und die Verpflichtungen des Beklagten sind aber lediglich und allein nach Maaßgabe des sub No. 1 vorgelegten Societätscontractes vom 14. October 1857 zu beurtheilen. Die erhobene Klage kann nur die actio pro socio sein, welche durch Erbgang und Falliſſement auf die Kläger übergegangen ist.

Dieser Contract gestattet nun aber nicht die Annahme, daß zwischen dem verstorbenen Brücher und dem Beklagten eine offene Handelsgesellschaft etablirt worden sei, daß die Contrahenten zu einander nur in ein solches Verhältniß treten wollten, wie es bislang als stille Gesellschaft bezeichnet ist. Es ergiebt sich nämlich aus dem Contracte:

1) daß der Beklagte sich nicht bei dem ganzen Geschäftsbetiebe des Brücher, sondern nur bei einem einzelnen Zweige desselben, nämlich bei dem Kaaf und Verkauf von Uhren, betheiligen wollte;
2) daß diese Handlung mit Uhren ausdrücklich als ein Etablissement des Brücher bezeichnet;
3) daß dasselbe unter Brüchers alleinigem Namen geführt werden sollte und
4) daß von jeder Veröffentlichung der Betheiligung des Beklagten abgesehen wurde.

Es kommt also nicht darauf an zu untersuchen, welche Verpflichtungen dem Beklagten etwa obliegen würden, wenn er offener associé und also Theilhaber der Firma Th. Ignaz Brücher gewesen wäre und ob die Kläger für berechtigt erachtet werden dürften, auf Grund der solidarischen Verhaftung des offenen Gesellschafters gegen ihn aufzutreten?

Auch bleibt es für die Entscheidung des vorliebenden Processes ganz irrelevant, ob, wie die Kläger behauptet haben, der Beklagte sich einzelnen Geschäftsfreunden des Brücher gegenüber als dessen offener Associé gerirt hat oder nicht, weil aus solcher etwaigen gestio, falls dieselbe sollte dargethan werden können, nicht etwa dem Brücher Rechte gegen den Beklagten erwachsen sein würden, sondern lediglich denjenigen Creditoren desselben, welche durch solche gestio des Beklagten über die Persönlichkeit dessen, mit dem sie contrahirten, getäuscht nnd in Schaden versetzt sein mochten.

Der angestellten Klage aus der Anlage 1, also der actio pro socio, obstirt aber die Einrede der Incompetenz nicht. Die im § 15 enthaltene Stipulation, nach welcher Differenzen und Streitigkeiten durch Schiedsrichter entschieden werden sollen, hat nämlich nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften durch das Ableben des Brücher ihre Kraft verloren, weil das beredte eventuelle Compromiß nicht auch ausdrücklich auf die Erben ausgedehnt ist.

cfr. l. 27, § 1, l. 32, § 3 und 19, l. 49, § 2 Dig. 4, 8. c. 14 X. 1, 43.

Jedenfalls hat aber diese Beredung nach der Insolvenzerklärung der Wittwe Brücher keine Wirksamkeit mehr;

cf. l. 17 pr. Dig. 4, 8.

Sind demnach die Verpflichtungen des Beklagten, als stillen Associé's des verstorbenen Brücher, nach dem Inhalte des Societätscontractes zu beurtheilen, so war davon auszugehen, daß der Beklagte sich bei dem Handel mit Uhren als Associé betheiligt hatte. Da ihm nach § 7 des Contractes die Hälfte des Gewinnes dieses Geschäftes zufallen sollte, über die Vertheilung des Verlustes aber in dem Contracte nichts bestimmt ist, so erscheint er nach Maaßgabe der Vorschrift im Art. 6, st. II, tit. 10 unzweifelhaft verpflichtet, auch die Hälfte eines etwaigen Verlustes zu tragen. Die Bestimmung über die Höhe seines Einschusses im § 1 des Contractes hat lediglich die Herbeischaffung eines genügenden Betriebscapitales im Auge und ist daher keineswegs dazu geeignet, die Betheiligung des Beklagten für den Fall eintretender Verlüste zu beschränken. Wäre es die Absicht des Beklagten gewesen, unter keinen Umständen einen Risico über die von ihm einzuschießenden Ct.ℬ 3000 hinaus laufen zu wollen, so hätte solche Beschränkung seiner Verpflichtung ausdrücklich von ihm stipulirt werden müssen. In Ermangelung einer derartigen Stipulation ist der vom verstorbenen Brücher betriebene Handel zur Hälfte für seine Rechnung betrieben worden und wie Brücher verpflichtet war, ihm die Hälfte des bei die-

*) Der betreffende, nur formelle, Theil des Erkenntnisses ist nicht mit abgedruckt worden.

sem Handel gemachten Gewinnes auszuzahlen, ebenso war Beklagter und ist er verpflichtet, die Hälfte des erwachsenen Verlustes zu übernehmen und zu decken.

Darnach ist denn die angestellte Klage, insoweit sie von einer Verpflichtung des Beklagten zur ganzen oder theilweisen Bezahlung der Schulden der Brücherschen Uhrenhandlung spricht, in keiner Weise begründet. Daraus, daß der verstorbene Brücher Uhren kaufte und unbezahlt ließ, folgt noch keine Verpflichtung des Beklagten, ihm, resp. seinen Rechtsnachfolgern die zur Zahlungsleistung nöthigen Mittel, wenn auch nur pro rata seiner Betheiligung zu liefern. Ebensowenig ist der Beklagte nach dem Inhalte des Societätscontractes unbedingt gehalten, jetzt, nachdem das für gemeinschaftliche Rechnung betriebene Geschäft längst beendet ist, die Summe zu completiren, welche er einzuschießen sich verpflichtet hatte. Es kommt vielmehr allein auf eine Constatirung des schließlichen Geschäftsresultates an, also auf einen Nachweis des bei dem für gemeinschaftliche Rechnung unter Brüchers Namen betriebenen Uhrenhandel etwa erwachsenen Verlustes und diesen Verlust wird der Beklagte zur Hälfte tragen müssen.

Ueberschreitet die Hälfte des Verlustes die Summe nicht, welche der Beklagte nach eigener Angabe der Kläger dem verstorbenen Brücher eingeschossen hat, so wird von einer Forderung der Kläger an den Beklagten nicht mehr die Rede sein können. Seine Verbindlichkeit, die Hälfte des Verlustes zu tragen, ist erfüllt, indem die ihm zur Last fallende Summe von seinem Einschusse gekürzt wird. Uebersteigt dagegen die Hälfte des Verlustes das Guthaben des Beklagten, so wird dieser gehalten sein, den Klägern das Fehlende zu zahlen, sofern ihn nicht die von ihm als exceptio doli bezeichnete Einrede aus dem Art. 13 St.: „Von Gesellschaft oder Mascopei“ davon befreien sollte.

Diese Principien waren für die künftigen Entscheidungen in dieser Sache im Erkenntnisse festzustellen.

Ein weiteres Eingehen auf das beiderseits Vorgetragene erschien aber zur Zeit überflüssig, weil zunächst den Klägern auferlegt werden mußte, nachzuweisen, daß überhaupt ein Verlust beim Brücherschen Handel mit Uhren erwachsen sei. Aus dem von ihnen vorgelegten Cassabuche war dafür ebensowenig etwas zu entnehmen, als aus dem Verzeichnisse der Brücherschen Gläubiger. Es wird vielmehr Sache der Kläger sein, unter Vorlage der Inventarien und der Geschäftsbücher, namentlich des Einkaufs- und Verkaufsbuches, den Gang des Geschäftes und die entstandenen Verluste darzuthun, und da dem Beklagten gegen diese Vorlagen und Berechnungen alle Gerechtsame reservirt bleiben mußten, so empfahl es sich, auch die Entscheidung über die von ihm in pessimum eventum vorgeschützte Einrede des dolus bis dahin auszusetzen.

Aus allen diesen Gründen war zu erkennen, wie erkannt worden ist.

No. 106.

Zweite Kammer. Audienz vom 11. Juni 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor, Richter: die Herren Abegg und Schenck.

M. E. Wiener, resp. als selbstschuldiger Bürge und Namens seines Bruders L. E. Wiener in Altona (Dr. D. Hertz) gegen Baruch und Borchardt (Dr. May).

L. E. Wiener in Altona hat im Mai 1862,) nachdem bereits vor dem Altonaer Gerichte Concurs über sein Vermögen eröffnet worden, mit seinen Gläubigern einen Accord abgeschlossen, durch welchen dieselben sich mit einer Dividende von 20 pCt., unter Garantie des M. E. Wiener, für ihre Forderungen befriedigt erklärt haben. Der Accordbogen (Anlage I.) ist von den Beklagten mit dem Zusatze: „für unsere Forderung“ unterzeichnet worden. — Der Kläger offerirt nunmehr den Beklagten Bezahlung von Crt℔ 19. 4 ß gegen Quittung und von Bc℔ 80, gegen welche er Auslieferung der Wechselaccepte des L. E. Wiener zum Betrage von Bc℔ 400 verlangt.

Beklagte wenden ein: Sie seien zur Zeit des Accordes nur für den Betrag von Crt℔ 96. 2¾ ß Gläubiger des Wiener gewesen und auch nur für diese Summe dem Accorde beigetreten. — Zwar habe Wiener ihnen im Februar 1862 fünf Wechselaccepte à Bc℔ 80 gegeben, diese Wechsel indessen hätten sie sofort ohne ihr Obligo weiter begeben gehabt, zwei derselben seien auch nach der Insolvenz des Wiener dem Inhaber, Lion, bezahlt worden, die übrigen befänden sich noch jetzt in den Händen des Letzteren, ihnen, den Beklagten, stehe keinenfalls eine Disposition über dieselben zu. — Als sie nun im Mai durch einen Bevollmächtigten des Wiener aufgefordert worden seien, dem Accorde beizutreten, habe jener Bevollmächtigte, Seeler, auf die Bemerkung des Mitbeklagten Borchardt: „er wisse nicht genau, was sie zu fordern hätten“ ausdrücklich erwidert: „Sie (die Beklagten) sollten nur unterzeichnen, ohne ihre Forderung anzugeben.“ — Es

sei man aber unzweifelhaft, daß sie nur für ihre wirkliche Forderung von Crt℔ 96. $2^3/_4$ ß dem Accorde hätten beitreten können, nicht aber für die gar nicht in ihren Händen befindlichen und niemals auf sie zurückkommenden Wechsel, es könne sie also selbstverständlich keine Verpflichtung zur Herausgabe der letzteren treffen.

Kläger entgegnet: Nachdem die Beklagten in den Accord des klägerischen Bruders und in die Aufhebung des Concurses desselben gewilligt haben, wollten sie jetzt den unstatthaften Versuch machen, denselben auf Grund früherer Accepte in Anspruch zu nehmen. Dieses Verfahren aber sei gegen Treu und Glauben, indem ein Gläubiger, der mit seinem Schuldner einen Accord eingehe, ohne den Theil seiner Forderung, für welchen er Accepte erhalten, speciell auszunehmen, jedenfalls verpflichtet sei, für seine ganze Forderung den Accord sich gefallen zu lassen und für Auslieferung der Wechsel zu sorgen. — In pessimum eventum wolle er beweisen, daß die Beklagten bei Unterzeichnung des Accordbogens ausdrücklich erklärt haben, ihre Forderung betrage ca. 400 ℔, welche Summe auch mit der nunmehrigen beklagtischen Angabe, daß zwei Wechsel mit Bc℔ 160 bezahlt seien, vollständig übereinstimme, indem somit Bc℔ 240 und Crt℔ 96, also zusammen ca. Crt℔ 400 der beklagtischen Forderung restirten. Daß zwei Wechsel an Lion bezahlt worden, könne er nicht zugeben, keinenfalls könne er einräumen, daß Beklagte auch die übrigen Wechsel begeben haben.

Beklagte heben hervor: Es komme jedenfalls darauf an, ob die Wechsel vor oder nach Unterschrift des Accordbogens begeben worden seien; im ersten Falle habe zur Zeit des Accordes gar keine Forderung der Beklagten auf Grund der Wechsel vorgelegen und da eine Verpflichtung der Beklagten, die Wechsel aufzunehmen und für die Nichtgeltendmachung derselben Sorge zu tragen in dem Accordbogen nicht enthalten gewesen sei, entbehre der klägerische Ansruch jeden Rechtsgrundes.

Erkannt:

da aus der vorgelegten Anl. 1 hervorgeht, daß, als die Beklagten dieselbe unterzeichneten, ihr Schuldner L. C. Wiener in Altona schon gerichtlich seine Insolvenz declarirt hatte und somit ihr Verzicht, wie dem auch von den Beklagten nicht widersprochen worden ist, die Wiederaufhebung des Concurses bewirken sollte;

da solcher Verzicht, wenn er, wie im vorliegenden Falle generell für die ganze Forderung des Verzichtleistenden ausgesprochen ist, auch ohne besondere Verabredungen dessen Verbindlichkeit involvirt, etwaige gegebene zur Zeit noch nicht eingelösete acceptirte Tratten auf seinen Schuldner bei Verfall einzulösen, weil, wenn auch die Inhaber der Accepte dermalen Creditoren des Schuldners für dessen Wechselschuld waren, letzterer doch bei der Proposition eines Accordes von keiner anderen Voraussetzung ausgehen wird, als von der, daß sein solventer Trassant seine Verbindlichkeiten gegen die Wechselinhaber erfüllen und somit wieder in Besitz der ihm ursprünglich zuständigen ganzen Forderung gelangen werde,

da es darnach der bona fides zuwider gehandelt sein würde, wenn die Beklagten die ihnen früher von L. C. Wiener behändigten Accepte ohne ihr Obligo begeben und diesen Umstand bei der Verhandlung über den Accord verschwiegen haben sollten, es sei denn, daß der Accord zu Stande gekommen wäre, wie sie behaupten, nämlich in der Art, daß sie aufgefordert, demselben beizutreten, erklärt hätten, erst nachsehen zu wollen, wie viel sie annoch zu fordern hätten und daß ihnen darauf erwiedert worden, daß sich das später finden möge, daß es sich jetzt nur um ihre Unterschrift handle, weil, wenn der Hergang der beklagtischen Unterzeichnung der Anl. 1 ein solcher gewesen sein sollte, dann derjenige, welcher den Verzicht der Beklagten für den klägerischen Mandanten entgegennahm, selbst eine gehörige Erklärung jener verhinderte und also nicht berechtigt sein würde, sich wegen einer Verheimlichung zu beschweren;

da aber auch für diesen letztern Fall das Factum der Begebung der Accepte des klägerischen Mandanten abseiten der Beklagten ohne obligo vor Unterzeichnung der Anl. 1 constatirt werden muß:

daß Beklagte schuldig seien zu beweisen:

daß sie die fraglichen Accepte des klägerischen Mandanten à Bc℔ 80 — schon vor der Unterzeichnung der Anl. 1 ohne obligo begeben haben, sowie, daß der Vertreter des

klägerischen Mandanten, der ihre Unterschrift auf der Anl. 1 entgegennahm, auf ihre Bemerkung, daß sie erst nachsehen wollten, wie viel sie zu fordern hätten, ihnen erklärte, daß sich das später finden werde.

Beklagte haben diese Beweise innerhalb acht Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Verlust der Beweisführung anzutreten, und bleiben dem Kläger sowohl die Gegenbeweise als auch ratione des zweiten Theiles des Beweissatzes, hier dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, der in gleicher Frist und unter gleichem Präjudize anzutretende Beweis vorbehalten,

> daß Beklagte dem klägerischen Vertreter bei Unterzeichnung der Anl. 1 ihre Forderung an ihn mit circa Crt℔ 400 angegeben haben.

Es hat übrigens Kläger sich in der nächsten Verhandlung bei Strafe der Einräumung darüber zu erklären:

> ob er bei seiner Behauptung, daß noch Bc℔ 400 Accepte existiren, bleiben, oder zugeben wolle, daß es sich nur noch um 3 Accepte à Bc ℔ 80 handle.

Nach beendigtem Beweisverfahren soll seiner Zeit weiter erkannt werden wie Rechtens.

Gegen dieses Erkenntniß legten die Beklagten das Rechtsmittel der Restitution ein, das Erkenntniß wurde indessen von der Ersten Kammer des Handelsgerichtes: Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Mutzenbecher und Durrieu, am 17. November lediglich bestätigt.

Obergericht.

No. 44.

In Sachen J. G. H. Günther gegen die Finanz-Deputation (cfr. No. 14 der „Gerichts-Zeitung", Niedergericht No. 5) hat in Folge beklagtischer Appellation das Obergericht am 14. November erkannt:

da die Verordnung vom 28. December 1832, indem sie die Erhebung des Schlachtgeldes an den Accisestätten zugleich mit der Erhebung der Accise anordnete und eine Rückgabe des Schlachtgeldes nur gestattete:

1) für das lebendig wieder ausgehende Vieh;
2) für das hieselbst geschlachtete Vieh, sofern es nach der Accise-Ordnung von 1768 von hiesigen Knochenhauern gekauft und zur Victualisirung von Seeschiffen ausgeführt wird,
3) für das von hiesigen Bürgern für ihren Hausbedarf eingeschlachtete Vieh,

sich vollständig mit der bestehenden Gesetzgebung im Einklange befand, indem, eben dieser Gesetzgebung zufolge, in Hamburg nur geschlachtet werden durfte:

1) von den beiden Schlachter-Aemtern in den öffentlichen Schlachthäusern,
2) von den Hausschlachtern und Küterschlachtern für die hiesigen Bürger und Einwohner zum Behufe ihrer Haushaltung, schlechterdings aber nicht, weder für sich noch für Andere, zum Behufe des Verkaufes;

Mandat vom 13. December 1809 § 5;
„ „ 26. October 1814 § 4;
„ „ 20. October 1820 § 4;

da mithin ein anderes Schlachten als das vorberegte rechtlich überhaupt nicht stattfinden durfte, und also von der zur zweckmäßigen Ausführung der bestehenden Gesetzgebung erlassenen und deshalb allerdings zur Competenz des Senats stehenden Verordnung vom 28. December 1832, wenn es factisch schon damals ausgeübt worden sein sollte, rechtlich als nicht existent zu behandeln war;

da demnach jene Verordnung, wenn durch die von ihr angeordnete Erhebungsweise des Schlachtgeldes das vom Kläger als Hausschlachter widerrechtlich „für sich selbst" geschlachtete Vieh getroffen wurde, keineswegs eine neue Steuer auferlegte, sondern einen Verkehr, der rechtlich nicht existiren durfte und dem ein auf seine widerrechtliche Existenz zu begründendes Klagerecht nicht zugesprochen werden darf, durch ihre Anordnung beiläufig erschwerte;

da überdies, durch Verschulden des Klägers, nicht mehr zu ermitteln ist, ob durch Erhebung des Schlachtgeldes von dem durch ihn „für sich" geschlachteten Vieh wirklich eine Bereicherung der Staatskasse herbeigeführt worden ist, oder ob nicht vielmehr für das von ihm angeblich zum Räuchern

und Einsalzen geschlachtete Vieh oder doch für einen großen Theil desselben auch bei gesetzlichem Verfahren des Klägers (das heißt, wenn er das zum Räuchern und Einsalzen verwendete Fleisch von Mitgliedern des einen oder andern Schlachter-Amtes erkauft hätte), selbst abgesehen von der Verordnung vom 28. December 1832, direct auf Grund der Viehaccise-Ordnung von 1768 das Schlachtgeld dem Staate hätte zufließen müssen, weil, wenn in obenangedeuteter Weise gesetzlich von ihm verfahren wäre, das Schlachtgeld dem Staate jedenfalls von Rechts wegen zugeflossen und verblieben sein würde, soweit er von Mitgliedern des Neuen Schrangens oder von solchen Mitgliedern des Alten Schrangens, die seit dem Brande im Neuen Küterhause schlachten, gekauft hätte, während und soweit als er von solchen Mitgliedern des Alten Schrangens gekauft hätte, die seit dem Brande außerhalb des öffentlichen Schlachtgebäudes schlachten, das Schlachtgeld, nach den Unterstellungen des niedergerichtlichen Erkenntnisses, sine causa erhoben sein würde;

da auch die Gründe, durch welche Kläger seinen Betrieb als einen erlaubten zu rechtfertigen sucht, nicht zutreffen, indem:

1) das Hinwegfallen eines oder mehrerer der Motive, durch welche das die Hausschlachter treffende Verbot ursprünglich hervorgerufen sein mag, keineswegs das Erlöschen des Verbots mit sich bringt, und jedenfalls, so lange noch die Schlachter-Aemter gesetzlich bestehen, nicht alle Motive, durch welche jenes Verbot hervorgerufen wurde, hinweggefallen sind;

2) die Brüderschaft der Hausschlachter keineswegs nur noch der Form nach existirt, weil, durch conforme Entscheidungen des Patrons derselben und des Amtsgerichtes, noch im Jahre 1857 in Sachen der Brüderschaft gegen J. Wollersen die exclusive Gerechtsame der Brüderschaft anerkannt und aufrecht erhalten worden ist;

3) das Verbot „schlechterdings nicht für sich noch für Andere zum Behufe des Verkaufs zu schlachten" nach Sinn und Wort auch das Schlachten zum Behufe der gewerblichen Räucherung und Einsalzung einschließt;

4) die Duldung, welche der Kläger für seinen Betrieb seitens der Behörden genossen haben will und deren auch andere analoge Betriebe genießen sollen, diese Betriebe nicht zu gesetzlich berechtigten erheben und am allerwenigsten eine Grundlage für Reclamationen abgeben kann, denen die Gesetzlichkeit der die Reclamation begründenden Handlung zum Fundamente zu dienen hat;

5) die Analogie in Betreff der dem Kläger unweigerlich vergüteten Rückaccise der Gleichheit des Grundes entbehrt, weil die Vergütung der Rückaccise gesetzlich an kein weiteres Requisit als an das Requisit gebunden ist, daß für das wieder ausgehende Fleisch die Eingangsaccise bezahlt worden;

da demnach der Kläger die Restitution des Schlachtgeldes an diejenigen Knochenhauer im Alten Schrangen, welche im öffentlichen Schlachthause keinen Raum für ihren völlig legalen Betrieb finden, nicht als ein auf ihn verwendbares praecedens anrufen kann;

da es bei dieser Sachlage der Prüfung nicht bedarf, in wiefern das Niedergericht befugt war, der angestellten, offenbar unzutreffenden condictio in debiti, die condictio sine causa zu substituiren, noch auch der Prüfung, in wiefern der condictio sine causa noch andere als die oben erörterten Gründe entgegenstehen möchten:

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 21. März 1862 wiederum aufzuheben, der Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen, die Kosten beider Instanzen aber zu compensiren.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung. Admiralitätsstr. 26.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 48. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 29. November. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Stammann c. Löck. — Niedergericht: Siebke c. Siebke. — Oberappellationsgericht: Dr. Wex c. Hüttner.

Handelsgericht.

No. 107.

Erste Kammer. Audienz vom 18. November 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Schuldt und Tesdorpf.

Dr. Otto Stammann mand. nom. J. H. Rüsch in Curhaven in väterlicher Vormundschaft seines Sohnes Johannes gegen H. Löck Wwe. (Dr. Feldmann).

Der Kläger hatte am 19. Mai d. J. eine Klage gegen die Beklagte angestellt, in welcher er bat, daß der im Geschäft der Beklagten als Lehrling conditionirende Sohn seines Mandanten befugt werden möge, Haus und Geschäft der Beklagten sofort zu verlassen und daß Letztere auch in die Auslieferung seiner Effecten, sowie in die Ausstellung eines wahrheitsgemäßen Lehrzeugnisses verurtheilt werde. Durch Commissionsvergleich vom 24. Mai wurde die Sache bis auf die Zeugnißertheilung erledigt, und wiederholt der Kläger nunmehr seinen auf diese Ertheilung gerichteten Antrag.

Die Beklagte erwidert: Es existire überhaupt kein Rechtsgrund, aus welchem Jemand einem Andern zur Ertheilung eines Zeugnisses, also einer Empfehlung verpflichtet sei. Insbesondere im vorliegenden Falle werde ein Zeugniß mit Recht verweigert, da dem Kläger offenbar nur mit einem guten Zeugnisse gedient sein würde, sie aber ein solches dem Sohn des Klägers nicht ertheilen könne.

Der Kläger replicirt: Die Pflicht zur Zeugnißertheilung sei durch viele Präjudicate festgestellt. Es werde hier nur ein ordnungsmäßiges und wahrheitsgemäßes Zeugniß verlangt, das in concreto allerdings auch gut werde ausfallen müssen.

Erkannt:

Da, abgesehen von einer etwa getroffenen, im vorliegenden Falle nicht behaupteten Uebereinkunft, dem Dienstboten weder nach gemeinem, noch nach hamburgischem Rechte ein Zwangsrecht gegen seinen Dienstherrn auf Ertheilung eines Zeugnisses zusteht;

da auch nicht erfindlich, daß das gemeine Handelsrecht dem Principal eine solche Zwangspflicht auferlegt habe, indem weder Poehls, noch Heise, noch Thoel überhaupt eines Zeugnisses erwähnen, die Bemerkung Endemann's in der Fortsetzung des Brinckmann'schen Handelsrechts (pag. 455) aber nur auf vorgekommene Erkenntnisse aufmerksam macht, ohne daß der Verfasser daraus einen handelsrechtlichen Grundsatz abzuleiten versucht hätte;

da ferner auch der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches, obwohl derselbe eine Reihe von Bestimmungen über das Verhältniß des Principals und des Gehülfen zu einander enthält, der Pflicht des Ersteren zur Ertheilung eines Zeugnisses nicht erwähnt:

daß Kläger mit seinem Antrage auf Ertheilung eines Zeugnisses ab und zur Ruhe zu verweisen, auch schuldig sei, unter Compensation der früheren Kosten, der Beklagten die seit dem 24. Mai d. J. erwachsenen Kosten zu erstatten.

Niedergericht.

No. 26.

G. L. Siebke, als Universalerbin ihres verstorbenen Ehemannes (Dr. Gläser) gegen J. F. A. Siebke (Dr. Engel).

Die Klägerin behauptet: Der Beklagte schulde ihr als Universalerbin ihres verstorbenen Ehemannes den Betrag von Sp.℔ 2000, für welche Summe er

ihrem Ehemanne hypothekarische Sicherheit in seinem, des Beklagten, Erbe bestellt habe. Die betreffenden beiden Hausposten à Sp.ℳ 1000. seien rechtzeitig auf Ostern 1862 gekündigt worden, die Auszahlung indessen nicht erfolgt. Sie wolle nun unter Vorbehalt ihrer dinglichen Rechte an dem Grundstücke die persönliche Klage gegen den Beklagten anstellen, mit welcher sie sofortige Bezahlung der Sp.ℳ 2000. verlange.

Beklagter wendet ein: Die von der Klägerin gegen ihn erhobene persönliche Klage beruhe lediglich auf einer Chicane, da das Grundstück, in welchem dem klägerischen Erblasser Sp.ℳ 2000. zugeschrieben stehen, von einem durchaus solventen Käufer acquirirt worden sei. Diese persönliche Klage sei indessen rechtlich unzulässig, so lange die Hypothek selbst bestehe und ehe eine hypothekarische Klage überall erhoben worden. Es sei nämlich keineswegs das Recht des Gläubigers an der ihm im Stadterbebuche constituirten Hypothek in zwei gleichzeitig neben einander bestehende Rechte, ein dingliches und ein persönliches, zu scheiden, jene Auffassung, welche früher wohl von einigen Juristen zur Geltung gebracht worden, beruhe auf einer unzulässige Verwechselung des römischen Rechtes mit dem topischen Rechte an Immobilien und entspreche durchaus nicht unserem hypothekarischen Rechte. Das letztere gehe vielmehr davon aus, daß, so lange die Hypothek existire, ein von dieser getrennter persönlicher Anspruch mit besonderer rechtlicher Wirkung nicht geltend gemacht werden könne. Aus diesem Grunde sei die hier erhobene Klage, weil zur Zeit des Bestehens der Hypothek angestellt, unzulässig. — Es obstire derselben außerdem vor dem Niedergerichte die Einrede der Incompetenz, da die Verordnung von 1818 die Prosecution von Hypothekposten zur Competenz der Prätoren verweise. Drittens sei Beklagter jedenfalls berechtigt, auch der hier angestellten Klage gegenüber die sechsmonatliche Frist vom Tage der Klageanstellung an in Anspruch zu nehmen. Endlich sei die in Rede stehende Kündigung dadurch erloschen, daß Klägerin die nach expirirter Kündigung fällig gewesenen Zinsen der Hausposten entgegengenommen habe.

Klägerin entgegnet: Sie kenne die Verhälnisse des vom Beklagten erwähnten neuen Käufers des beklagtischen Grundstückes durchaus nicht, habe auch nicht nöthig, sich an diesen verweisen lassen, da ihr unzweifelhaft ein persönlicher Anspruch gegen den Beklagten, unabhängig von ihrem dinglichen Rechte auf Prosecution des Grundstückes zustehe. Die beklagtischen Ausführungen, nach welchen diese persönliche Klage durch die Existenz der Hypothek ausgeschlossen werde, entbehre jeder Begründung. Mit dieser Ausführung zerfalle aber auch die Einrede der Incompetenz, da es sich hier keineswegs um Prosecution der Hausposten handele; wie auch die Einrede der verfrühten Klage, da die sechsmonatliche Frist ausschließlich der hypothekarischen Klage gegenüber dem Schuldner zustehe. Ebensowenig stehe ihr die Annahme der Zinsen nach expirirter Kündigung entgegen, welche Zinsen überdies nur für einen Posten angenommen worden. Das vom Beklagten angeführte Präjudiz bei der Annahme von Zinsen bestehe keineswegs, vielmehr sei die Gerichtsordnung von 1711, in welcher solches Präjudiz eingeführt werden sollte, niemals in Kraft getreten.

Erkannt am 21. November 1862:

da unserem älteren Rechte, so lange die Verhypothecirung hiesiger Grundstücke sich auf das von Seiten des Gläubigers unkündbare Rentenkauf-Geschäft beschränkte, eine dem Renten-Inhaber gegen den Eigenthümer des verhypothecirten Grundstückes zustehende persönliche Klage fremd war und die Frage, ob dem Gläubiger neben der hypothekarischen und electiv mit derselben auch die persönliche Klage wider den hypothekarischen Debitor zustehe, erst dann aufkommtn konnte, als statt des alten Rentenkaufes später die Einschreibung der dargeliehenen kündbaren Kapitalien in die verhypothecirten Grundstücke üblich geworden war,

da diese Frage bis zu Anfang des vorigen Jahrhunderts

vergl. Schlüter, Tractat von unbeweglichen Gütern, Th. 6, tit. 26, namentlich § 14 u. 16,

um so mehr als eine sehr bestrittene angesehen werden muß, weil dieselbe, deren Bejahung Schlüter l. c. entschieden vertreten hatte, in dem kurz darauf entstandenen

Entwurfe der revidirten Gerichts-Ordnung von 1711, tit. 53, Art. 15,

gesetzlich im verneinenden Sinne dahin entschieden werden sollte, daß wenn nicht bei Eingehung des der Hypothek zum Grunde liegenden Geschäftes die persönliche Klage ausdrücklich neben der hypothekarischen dem Gläubiger vorbehalten war, derselbe erst nach erfolglos beendigtem Achterfolgungsprocesse zur Anstellung der persönlichen Klage befugt sein sollte,

da es freilich an positiven Nachweisungen darüber fehlt, ob diese Vorschrift der nicht zur Publication gelangten Gerichts-Ordnung, wie dies bei so manchen anderen Bestimmungen dieses Gesetz-Entwurfes der Fall gewesen ist, nach 1711 in der Rechtpraxis thatsächliche Anerkennung gefunden habe,

da aber für solche Anerkennung der Umstand spricht, daß

Klefeker, Gesetz-Sammlung Bd. IV., Pag. 578 ff. und 592 ff.,

in seiner Darstellung über die Hamburgischen Hypotheken-Verhältnisse zu seiner Zeit einer solchen Concurrenz der persönlichen Klage mit der hypothekarischen überall nicht gedacht hat,

da, wenn nun zwar in der späteren Vorschrift des Art. 33 der Verordnung über das Justiz-Verfahren vom 29. December 1815

diese elective Concurrenz der persönlichen Klage mit dem damals nur noch auf 2 Jahre beibehaltenen alten, so überaus schwerfälligen Entsetzungs-

Processe gesetzlich anerkannt ist, doch die Frage, ob nach gänzlicher Aufhebung dieses alten Entsetzungs-Processes durch die

Verordnung vom 20. Febr. 1818

diese Concurrenz der persönlichen Klage auch mit der durch dies neue Gesetz eingeführten schleunigeren und summarischen hypothecarischen Klage habe fortbestehen sollen, um so zweifelhafter erscheint, als der Art. 33 der Verordnung von 1815 rücksichtlich der in das Stadtbuch eingeschriebenen Grundstücke nur eine transitorische Bestimmung enthielt und ersichtlich darauf berechnet war, den wegen des Dranges der damaligen Zeitumstände einstweilen noch auf 2 Jahre beibehaltenen schwerfälligen und kostspieligen Entsetzungsproceß schon damals, so weit irgend thunlich, zu beseitigen, und als ferner der Art. 33 für die im Landgebiete belegenen Grundstücke, unter sofortiger Aufhebung des alten hypothecarischen Rechtsmittels, schon damals, und zwar ohne hier der Concurrenz der persönlichen Klage zu gedenken, diejenige schleunigere und summarische hypothecarische Klage einführte, welche für die städtischen Grundstücke erst durch das Gesetz von 1818 angeordnet worden ist,

da aber nicht verkannt werden kann, daß auch nach Erlassung des Gesetzes vom 20. Febr. 1818 die elective Concurrenz der freilich nur in ganz einzelnen Fällen vorgekommenen persönlichen Klage mit dem neuen summarischen hypothecarischen Rechtsmittel vor den Gerichten Anerkennung gefunden hat,

Baumeister, Hamb. Privat-Recht Bd. I. pag. 181 und Nota 29.

N. G.-Erk. vom 5. Mai 1862 i. S. Joseph c. Prehn.

Da nun aber der Beklagte event. auch dieser persönlichen Schuld-Klage gegenüber die 6monatliche Frist in Anspruch genommen hat, —

da, wenn zwar diese Frist dem hypothecarischen Schuldner durch das Gesetz von 1818 zunächst und in directer Beziehung nur gegen die Exequirung der hypothecarischen Klage gegeben wird, doch die nachfolgenden Gründe dahin führen müssen diese Frist auch dem mit der persönlichen Klage belangten, und darum nachsuchenden hypothecarischen Schuldner zu gewähren,

1) daß es, wie oben bereits hervorgehoben wurde, zweifelhaft ist, ob nach der Ansicht der Gesetzgebung von 1818 die persönliche Klage in der fraglichen Weise auch mit der damals eingeführten summarischen hypothecarischen Klage ferner sofort concurriren solle,

2) daß die damals eingeführte 6monatliche Frist in der Praxis, zum Vortheile des hypothecarischen Schuldners, in mehrfachen Beziehungen stets eine sehr weite Interpretation gefunden hat, indem namentlich die Gerichte nach erhobener hypothecarischer Klage den Lauf der erbetenen Frist nicht vom Zeitpunkte der abgelaufenen Kündigung, sondern erst vom Tage der angestellten Klage ab berechnen, und auf Zahlung des Capitales nach 6 Monaten nicht etwa mit Verzugszinsen, sondern nur mit ferneren vertragsmäßigen Zinsen erkennen, —

3) daß die allgemeine Rechtsansicht diese Frist stets als eine dem hypothecarischen Schuldner unter allen Umständen zustehende anerkannt hat, indem in den nicht seltenen Fällen, wo auch sonst ganz solvente Schuldner (die, wenn auf Bezahlung s. p. execut. in mobilibus belangt, ohne Zweifel sofort ihrer Zahlungspflicht nachkommen würden) außergerichtlich die Frist beanspruchen, dieselbe ohne Weiteres gewährt wird, ohne daß bisher je gegen solche Schuldner die schneller zum Ziele führende persönliche Klage versucht ist, wie denn auch in dem obgedachten Präjudicate Joseph c. Prehn, wo die Zulässigkeit der persönlichen Klage vor Erhebung des hypothecarischen Rechtsmittels anerkannt wurde, die 6monatliche Frist, weil sie durch das der betreffenden Hypothek zu Grunde liegende Rechtsgeschäft von vorneherein ausdrücklich ausgeschlossen war, gar nicht in Frage kam,

4) daß die Pfändung des hypothekarischen Schuldners in mobilibus nach expirirter Kündigung ganz gegen die Absicht des Gesetzes von 1818 nicht nur den Schuldner, sondern auch die übrigen hypothekarischen Gläubiger des betreffenden Grundstückes in zahlreichen Fällen viel härter treffen würde als die sofortige Prosecution des Grundstückes, indem namentlich Immobilien, wie das hier fragliche Backerbe, welche durch das vom Eigenthümer darin betriebene Geschäft und durch die dazu gehörende Kundschaft einen relativ höheren Werth haben, ersichtlich in ihrem dereinstigen Verkaufswerthe wesentlich herabgedrückt werden würden, wenn durch die Pfändung des Eigenthümers in mobilibus dessen Geschäft und Kundschaft schon vor dem Verkaufe gestört wären,

5) daß das Gesetz von 1818, wenn es einerseits freilich zum Vortheile der hypothekarischen Gläubiger ein beschleunigteres Prosecutions-Verfahren anordnete, doch andrerseits namentlich auch den Zweck verfolgte, die Grundeigenthümer vor einem zu raschen Andringen ihrer hypothekarischen Gläubiger und vor kostspieligeren gerichtlichen Proceduren zu bewahren, und daß dieser Zweck nahezu vereitelt werden würde, wenn man die hypothekarischen Gläubiger für befugt erachten wollte, gleich nach expirirter Kündigung mittelst der kostspieligeren persönlichen Klage Befriedigung aus den sämmtlichen übrigen Gütern des Schuldners zu suchen und event. denselben schon zu

einer Zeit in den Zustand der materiellen In-Insolvenz zu versetzen, wo eben diese Forderung in Bezug auf das Grundstück noch überall nicht exequirbar ist und, wenn die hypothekarische Klage angestellt wäre, von den Gerichten, wie oben sub 2 hervorgehoben ist, nicht einmal als eine völlig fällige behandelt werden würde,

Da, wenn aus diesen Gründen auch auf die hier erhobene persönliche Klage nur die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung nach 6 Monaten erfolgen kann, die nur ganz eventuell vorgebrachte Einrede, daß Klägerin durch die vorbehaltlose Annahme der nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig gewordenen Zinsen der fraglichen Hypotheken auf die Loskündigung ihrerseits hinterher verzichtet habe, kaum noch einer Entscheidung bedarf,

da diese Einrede jedenfalls nur den einen der beiden eingeklagten Hypothekposten und zwar den in der Johanni- und Weihnachts-Rente versichert stehenden treffen würde, weil rücksichtlich des andern Postens eine derartige spätere Zinsannahme gar nicht vorliegt,

da aber ein stillschweigender Verzicht nur aus wirklich concludenten Handlungen gefolgert werden darf, eine solche aber in der einmaligen Annahme der ½ Jahr nach Ablauf der Kündigung fällig gewordenen Zinsen überall nicht gefunden werden kann, und diese Einrede somit ganz hinfällig erscheint,

daß der Beklagte zu verpflichten sei, die libellirten 2000 Sp.℔ gegen kläg. Umschreibung der fraglichen zwei Hypothekposten nach des Beklagten Aufgabe, der Klägerin nach 6 Monaten, vom 5. Juli d. J., als dem Tage der erhobenen Klage ab, zu berechnen, mit Bco℔ 2003 14 ß und den ferneren vertragsmäßigen Zinsen von 4 Proc. Ert. s. p. executionis in mobilibus zu bezahlen. — Die Kosten dieses Processes werden compensirt.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 24.

Dr. F. H. Wex m. n. Julius Goldstein gegen Otto Hüttner (Dr. L. Roack).

Kläger belangt bei der ersten Prätur den Beklagten wegen Injurien und fordert eine Satisfactionssumme von Bco℔ 1000. Zur Begründung seines Verlangens führt er an: Er habe das Kind eines Verwandten, ein Mädchen, bei sich im Hause gehabt, welches ihm von den Eltern desselben übergeben worden sei. Dasselbe sei aus Anlaß einer leichten und gerechten Züchtigung entflohen, habe eine Nacht außer dem Hause zugebracht und sei am andern Morgen von dem Beklagten, der mit ihm (dem Kläger) in einem Hause wohne, aufgenommen worden. Dieser habe sodann, auf Grund von Angaben, welche das Kind ihm gemacht, einen Brief an den Vater desselben geschrieben, worin er denselben von der angeblich schlechten Behandlung, welche das Kind erfahre, in Kenntniß setze und zwar in Ausdrücken, die für ihn, auch abgesehen davon, daß die behaupteten Thatsachen unwahr seien, die gröbsten Beleidigungen enthielten.*)

Beklagter bestreitet excipiendo das Vorhandensein einer Injurie, sowohl in objectiver als subjectiver Beziehung und erbietet sich eventuell zum Beweise der Wahrheit der in dem fraglichen Briefe aufgestellten Behauptungen.

Die Prätur erkannte am 30. April 1861:

da der Beklagte in dem incriminirten Briefe den klägerischen Mandanten und dessen Ehefrau als die „tormentors" der 12jährigen Emma Riddlesdale bezeichnet und von denselben sagt, daß das Kind bei ihnen „a bad and disgraceful treatment" erfahre,

da es nun keinem Zweifel unterliegen kann, daß es eine schwere Anklage und — falls dieselbe sich als unbegründet herausstellt — eine schwere Ehrenkränkung enthält, wenn von demjenigen, dem ein Kind zur Versorgung und Erziehung anvertraut ist, gesagt wird, daß er das Kind gepeinigt und schändlich behandelt habe,

da auch die hier angeführten Aeußerungen die eigenen Behauptungen des Beklagten enthalten, und der Beklagte daher hinsichtlich dieser Ausdrücke sich jedenfalls nicht darauf berufen kann, daß er nur dasjenige berichtet und mitgetheilt habe, was ihm von dem Kinde erzählt worden sei,

da sodann, wenn der Beklagte ferner behauptet, daß er gar nicht die Absicht gehabt habe, den klägerischen Mandanten zu beleidigen, daß es vielmehr Menschenpflicht gewesen sei, sich des Kindes anzunehmen, und daß der Zweck, den er beim Schreiben des Briefes im Auge gehabt habe, jeden Vorwurf einer Injurie ausschließe, die Absicht und der Zweck des Beklagten möglicherweise dereinst bei der Ausmessung der Strafbarkeit der in dem Briefe enthaltenen Injurien Berücksichtigung finden, keinenfalls aber den Beklagten vollständig entschuldigen oder zur Begründung der Einrede des fehlenden animus injuriandi für ausreichend erachtet werden können, weil ja auch derjenige den animus injuriandi nicht ablehnen kann, welcher — wenngleich der Hauptzweck seiner Handlung ein anderer war — dennoch um diesen Zweck zu erreichen ein Mittel wählte, von welchem ihm nicht unbekannt sein konnte, daß es zur Kränkung der Ehre eines Andern gereiche,

Weber, Injurien Bd. I., S. 51,

da endlich aber der Beklagte auch behauptet hat, daß sämmtliche Angaben des fraglichen Briefes wahr seien, die von dem Beklagten gebrauchten Ausdrücke „tormentors" und „bad and disgraceful

*) Der Inhalt des Briefes findet sich in dem Erkenntnisse des Ober-Appellations-Gerichtes.

treatment“ jedoch nur dann gerechtfertigt und entschuldbar erscheinen würden, wenn der klägerische Mandant und dessen Ehefrau das ihnen anvertraute Kind wiederholt gemißhandelt haben sollten,

daß der Beklagte in term. s. p. cont. et reprob. salva zu beweisen habe:

daß Emma Riddlesdale von dem klägerischen Mandanten und dessen Ehefrau wiederholt gemißhandelt worden sei.

Auf beklagtische Supplikation erkannte das Obergericht am 5. Juni 1861:

da Kläger replicando einräumt, daß die ihm zur Erziehung anvertraute eilfjährige Emma Riddesdale, nachdem dieselbe schon einmal nach einer Züchtigung fortgelaufen war, am 20. Nov. vor. Js. aus Furcht vor der ihr vom Kläger angedroheten Strafe abermals das Haus verlassen habe, daß er ihr absichtlich während dieses Tages überall nicht, sondern zuerst am Abend nachgegangen sei, sich aber ohne sie zu finden, obschon sie der deutschen Sprache unkundig, dabei beruhigt und sich erst am dritten Tage auf dem Stadthause ihretwegen erkundigt habe;

da schon hiernach und auch abgesehen von der sonstigen Sachlage der Beklagte, wenn er für das am folgenden Morgen auf der Haustreppe gefundene und einstweilen von dem Hauswirth Haller in seine Wohnung aufgenommene Kind, welches nur zu häuslichen Arbeiten angehalten und des Schreibens unkundig geblieben war, sich an dessen in England wohnhaften Vater mit einem Schreiben wandte, hinsichtlich dessen der Kläger gleichfalls (Seite 14 und 27 der Replik) nicht bestreitet, daß der factische Inhalt sich auf die Aussagen und Klagen des Kindes gründete, vollständig entschuldigt, dafür erscheint, daß er diese Angaben nicht als der Behauptung des Klägers gemäß unwahre und böswillige Entstellungen aufnahm;

da hiernach, auch ohne daß es des von dem Herrn Prätor dem Beklagten injungirten Beweises bedürfte, die einzelnen Ausdrücke des beklagtischen an den Vater des Kindes gerichteten Schreibens (Anlage 2 zur Klage) dem Kläger kein Recht zur Anstellung der ästimatorischen Injurienklage geben können:

daß auf Grund der zweiten beklagtischen Beschwerde das Erkenntniß des Herrn Prätor vom 30. April d. J. wieder aufzuheben und Kläger mit der erhobenen Injurienklage, unter Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz, unter Compensation der Kosten der Supplications-Instanz, ab und zur Ruhe zu verweisen sei.

Dies obergerichtliche Erkenntniß wurde sodann auf die vom Kläger ergriffene Oberappellation durch Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichtes vom 30. October 1862 confirmirt und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen.

Bei Beantwortung der Frage, ob in dem Briefe, welchen der Beklagte unter dem 22. November 1860 an p. Riddlesdale in London gerichtet, eine gegen den Kläger verübte Injurie zu finden ist, muß davon ausgegangen werden, daß diesem Briefe, wenn er auch in sehr starken Ausdrücken über das Verhalten des Klägers und seiner Ehefrau gegen das ihrer Obhut und Erziehung übergebene Kind des Addressaten, die 11—12jährige Emma Riddlesdale, sich ausspricht — doch überall nur unter dem rechtlichen Gesichtspunkte einer Verläumdung, nicht unter dem einer durch absolut injuriöse Redeweise verübten Beleidigung ein ehrverletzender Charakter würde beigemessen werden können. Denn alle jene Ausdrücke — selbst die Bezeichnung des Klägers und seiner Ehefrau als der „tormentors“ der Emma Riddlesdale — sind nur gebraucht um die aus den mitgetheilten Thatsachen zu ziehenden Schlußfolgerungen zu bezeichnen — dienen nur dazu, das Verhalten, welches sich, nach der Meinung des Briefstellers, der Kläger und dessen Ehefrau gegen das Kind des Addressaten haben zu Schulden kommen lassen, schärfer zu charakterisiren und in das gehörige Licht zu setzen, können also als selbstständige gegen den Kläger verübte Injurien nicht aufgefaßt werden. Es hat denn auch bereits die erste Instanz, indem sie den Beklagten zum Beweise der Einrede der Wahrheit zuließ und von diesem Beweise den Ausgang des ganzen Injurienprozesses abhängig machte, den Gesichtspunkt der Verläumdung als den allein maaßgebenden anerkannt, und vom Kläger ist hiergegen keine Einwendung erhoben. Als die zu entscheidende Frage stellt sich daher nur die dar, ob durch die in dem fraglichen Briefe ausgesprochenen thatsächlichen Beschuldigungen der Kläger vom Beklagten injuriirt worden ist.

Daß diese Beschuldigungen in hohem Maaße geeignet sind, die Person des Klägers in den Augen des Empfängers und jedes Lesers des Briefes herabzusetzen ist klar, ihr objectiv injuriöser Charakter also nicht zu bezweifeln. Darum kann aber noch nicht ohne Weiteres, und bis zu dem von dem Beklagten zu erbringenden Beweise der Wahrheit derselben eine beleidige Absicht des Briefschreibers angenommen werden. Die Regel, daß zum animus injuriandi nicht grade der directe Zweck, einen Anderen in seiner Ehre zu kränken erforderlich, derselbe vielmehr schon dann vorhanden ist, wenn jemand wissentlich etwas gethan oder geäußert hat, wodurch die Ehre eines Anderen angegriffen wird.

Entscheid.-Gr. des O.-A.-Ger. z. S. Chapeaurouge c. Weber v. J. 1848.

findet in solcher Allgemeinheit und Unbedingtheit nur da Anwendung, wo die betreffende Handlung oder Aeußerung direct gegen die Person, welche dadurch beleidigt wird, gerichtet ist. Bei Aeußerungen, die dritten Personen gegenüber gemacht sind, fragt es sich immer erst noch, ob nach Maaßgabe der concreten Verhältnisse des Anlasses und Zweckes der Aeußerung, der Person, an welche dieselbe gerichtet ist, und dem Verhältnisse, in dem die

verschiedenen Betheiligten zu einander stehen, — eine beleidigende Absicht unterstellt werden kann.

Im vorliegenden Falle ist die Veranlassung des incriminirten Briefes nach der insoweit nicht bestrittenen Sachdarstellung des Beklagten (das Läugnen O.-Ger. Act. p. 10. kann nur auf die Nebenumstände, nicht auf die Thatsache selbst bezogen werden), die, daß die genannte Emma Riddlesdale am Morgen des 21. November 1860, nach einer im Freien verbrachten Nacht, vor der Thüre des von dem Kläger und dem Beklagten bewohnten Hauses von dem Hauswirthe Haller gefunden und durch diesen, weil er der Englischen und das Kind der Deutschen Sprache nicht mächtig, dem Beklagten zugeführt worden ist. Der in dem Briefe ausgesprochene und überall nicht angezweifelte Zweck des Schreibers aber war: zu bewirken, daß Emma Riddlesdale der Obhut und Erziehung der klägerischen Eheleute entzogen und ins elterliche Haus zurückgenommen werde. Beklagter wandte sich zu diesem Behufe an den Vater des Kindes, und theilte demselben mit, daß dasselbe vor Kurzem schon einmal entflohen aber zurückgebracht und nunmehr zum zweitenmale entwichen sei, und die ganze kalte und nasse Novembernacht auf der Straße resp. Treppe zugebracht habe. Das Kind habe ihm erzählt (was ihm ohnehin vollständig bekannt gewesen) daß es von dem Kläger und dessen Ehefrau zu ganz unpassenden niederen Diensten angehalten und, oft ohne allen Grund mißhandelt worden sei. Daran knüpft sich der Vorschlag, daß der Adressat seine Tochter nach London zurückkommen lasse, und das Erbieten, für eine gute Ueberkunft derselben zu sorgen, bei welcher Gelegenheit der Beklagte noch seine Ueberzeugung, daß das Kind die Behandlung, welche ihm von Seiten des Klägers und seiner Ehefrau zu Theil werde, nicht ertragen könne, und die Besorgniß aussprach, daß wenn es dahin zurückgebracht werde, eine abermalige Flucht erfolgen werde, und diese zu einem unglücklicheren, als dem damaligen Ausgange führen möchte.

Auf ein, aus solchem Anlasse ergangenes und solchen Zweck verfolgendes Schreiben können nicht die von der einfachen Diffamation geltenden Regeln zur Anwendung gebracht werden, sondern dieselbe ist nach Maaßgabe derjenigen Grundsätze zu beurtheilen, die von der auf eine ehrverletzende Denunciation gegründeten Injurienklage gelten und von jenen Regeln wesentlich abweichen. Denn es handelt sich im vorliegenden Falle, ganz wie in dem einer Denunciation, darum, ein, nach der Meinung des Anzeigenden verübtes Unrecht zu dem Zwecke zur Sprache zu bringen, um eine Abstellung oder Ahndung desselben zu veranlassen, und kann es keinen Unterschied machen, ob dies bei einer öffentlichen Behörde oder bei einer Privatperson geschieht, sobald die letztere nur — wie unzweifelhaft im vorliegenden Falle der Vater des vermeintlich mißhandelten Kindes — ein Recht auf die Kenntnißnahme jenes Unrechtes hat, und zum Einschreiten wider dasselbe berufen ist:

vgl. Entsch.-Gr. zu den Urtheilen des O.-A.-Ger. in S. Steinmetz c. Häger v. J. 1847 und Benard c. Braß v. J. 1853.

Der Unterschied nun, welcher zwischen der auf eine einfache Diffamation und der auf eine Denunciation gegründeten Injurienklage obwaltet, besteht — wie vom O.-A.-Gerichte in den oben citirten Entscheidungsgründen näher ausgeführt worden ist — darin, daß im letzteren Falle nicht, wie im ersteren, der objectiv ehrenkränkende Inhalt der Aeußerung zur Fundirung der Klage genügt, und diese vom Beklagten durch den Beweis der Wahrheit elidirt werden muß, sondern vielmehr die Klage erst dann Platz greift, wenn der Vorwurf als unwahr resp. die Anschuldigung als nicht gehörig begründet constatirt ist oder doch vom Kläger erwiesen werden kann.

Im vorliegenden Falle ist von einer bereits feststehenden Unwahrheit resp. Grundlosigkeit der in dem Briefe des Beklagten vom 28. November 1860 gegen den Kläger ausgesprochenen Beschuldigung nicht die Rede, und kann es sich nur fragen, ob der Kläger nicht noch zu einem desfälligen Beweise hätte zugelassen werden müssen. Auch diese Frage ist jedoch, nach Lage der Sache, zu verneinen.

Wenn von Demjenigen, der wegen einer durch Denunciation gegen ihn verübten Injurie Klage erhebt, nicht gradezu der Beweis einer absichtlich und wissentlich falschen Anschuldigung gefordert, sondern mit demjenigen der objectiven Unwahrheit der Anschuldigung Genüge genommen wird, so ist dies deshalb der Fall, weil diese Unwahrheit, wenn sie constatirt ist, bis auf Weiteres einen Schluß auf die beleidigende Absicht begründet. Dieser Schlußfolgerung kann sich auch der Beklagte nicht schlechthin durch ein Berufen darauf, daß er im guten Glauben an die Wahrheit jener Beschuldigungen gehandelt, entziehen, — welcher gute Glaube im vorliegenden Falle nach Inhalt des Briefes selbst und dem Mangel einer jeden Art vor früherer Bekanntschaft zwischen Kläger und Beklagten kaum einem Zweifel unterzogen werden kann. Denn ein guter Glaube, der nur auf reinen subjectiven Eindrücken und Gefühlsaufwallungen, und nicht auf einer objectiv genügenden Grundlage beruhen sollte, kann — als der justa causa entbehrend — auf rechtliche Berücksichtigung keinen Anspruch machen. Wenn dagegen die Umstände der Art waren, daß die bona fides des Denuncianten auch bei Anlegung eines allgemeinen Maaßstabes gerechtfertigt erscheint, d. h. daß auch ein umsichtiger, die Ehre seiner Mitbürger gewissenhaft achtender Mann, Grund hatte, die Wahrheit der dem Andern zum Vorwurfe gemachten Thatsachen zu unterstellen, so erscheint dadurch der Schluß von der objectiven Unwahrheit auf das Vorhandensein einer beleidigenden Absicht ausgeschlossen

und eben damit die Annahme einer in Wahrheit begründeten Injurie beseitigt.

Im gegenwärtigen Falle nun liegt die Sache so, daß, auch wenn die in dem Briefe des Beklagten gegebene Schilderung von dem Verhalten des Klägers und seiner Ehefrau gegen die Emma Riddlesdale als eine dem wahren Sachverhalte nicht entsprechende dargethan werden sollte, der Beklagte doch guten und ausreichenden Grund hatte, das, was er geschrieben, für wahr zu halten, und daher die Annahme einer von ihm verübten Verläumdung, auch für jenen Fall nicht begründet werden würde.

Durch die eigenen Angaben des Klägers ist constatirt, nicht allein, daß ein sehr schlechtes Verhältniß zwischen ihm und seiner Frau einerseits und der von ihnen als Pflegekind aufgenommenen Emma Riddlesdale anderseits bestanden hat, sondern auch, daß dieses Verhältniß in der anscheinend sehr kurzen Zeit, seit welcher Kläger in dem Haller'schen Hause wohnte, resp. das Kind bei sich hatte, bereits dergestalt zu Tage getreten war, daß es den Hausgenossen nicht hatte verborgen bleiben können. Abgesehen davon, daß das Kind sehr oft geschrieen, gelärmt und getobt, war dasselbe kurze Zeit vor dem jetzt fraglichen Ereignisse, in Folge erlittener körperlicher Züchtigung, entlaufen, und ist es nunmehr, aus Furcht vor einer ihm angedrohten ähnlichen Strafe zum zweitenmale entwichen und die ganze Nacht im Freien geblieben.

Die Hausgenossen, welchen das zwischen Pflegeeltern und Pflegekind bestehende Mißverhältniß und die tiefe Abneigung des letzteren gegen den Aufenthalt bei jenen in solchen äußeren Erscheinungen vor die Augen trat, konnten — in das innere dieses Verhältnisses nicht eingeweiht — nicht wohl darauf kommen, daß der Grund davon lediglich in dem ganz abnormen Charakter des Kindes zu suchen sei, sondern mußten auf die natürlichere Voraussetzung einer verkehrten Behandlung desselben durch die Pflegeeltern geführt werden. Es kommen aber noch Einzelheiten hinzu, die nur zu geeignet waren, diese Voraussetzung zu bestätigen. Der Kläger kann nicht in Abrede stellen, daß zu einer Zeit, wo er weder eine Magd, noch eine Aushülfe für solche hatte, die Emma Riddlesdale wenigstens zweimal, zu Dienstleistungen niedriger Art verwendet worden ist.

Andererseits wurde dieselbe in Beziehung auf ihre geistige Ausbildung so vernachlässigt gefunden, daß sie, obgleich nach des Klägers eigener Aussage bereits 11—12 Jahre alt, noch nicht einmal lesen und schreiben konnte: der Schluß aus dieser letzteren Thatsache auf eine grobe Pflichtversäumung derer, die für die Erziehung des Kindes zu sorgen hatten, war kaum abzuweisen, und es kann dem Beklagten nicht zum Vorwurfe gemacht werden, daß er dem Kläger und dessen Ehefrau, in deren Obhut sich das Kind zur Zeit befand und bei denen es in jener unangemessenen Weise beschäftigt worden war, ohne Weiteres für die in jener Beziehung verantwortlichen Personen ansah. Vollends entscheidend aber mußte es für sein Urtheil werden, daß die Emma Riddlesdale, welche, wie Kläger selbst angiebt, bereits am Mittwoch des 20. November fortgelaufen, am Morgen des 21. nach einer im Freien verbrachten Nacht, von dem Hauseigenthümer vor der Hausthüre gefunden worden war, ohne daß — soviel er annehmen konnte — Kläger bis dahin um die Entlaufene sich bekümmert hatte. Der letztere giebt selbst zu, daß er dem Kinde, obwohl dasselbe nicht allein in Hamburg fremd, sondern auch der Deutschen Sprache unkundig war, um es von dem Weglaufen zu curiren, nicht sogleich, sondern erst am Abend nachgegangen ist, also zu einer Zeit, die das Wiederauffinden im hohen Grade erschweren mußte. Und was er über seine weitere Thätigkeit in der Klage nur sehr allgemein; und erst in gegenwärtiger Instanz mit größerer Specialität dahin angiebt, daß er noch an demselben Abend bei der Wache des Steinthors und des Lübecker Thors Anzeige von dem Vermißtwerden des Kindes gemacht und die Nacht, wie den folgenden Tag mit stetem Suchen und Anbietung von Belohnungen Alles aufgeboten, um das Kind zu finden, war wenigstens nicht geeignet, bei dem B e k l a g t e n die Ueberzeugung von einem pflichtmäßigen Verhalten der Pflegeeltern in Beziehung auf das vermißte Kind hervorzurufen. Daß Kläger — was doch das Nächstliegende war — bei seinen Hausgenossen, insbesondere dem das Erdgeschoß bewohnenden Hauswirth Haller, Nachfrage gehalten, hat er überall nicht behauptet, und man darf, nach der nicht bestrittenen Erzählung, welche Beklagter von dem Auffinden des Kindes am Morgen des 21. November gegeben hat, annehmen, daß bis dahin die Hausgenossen, namentlich auch Haller, gar keine Kenntniß von dem Entweichen des Kindes erlangt hatten. Dieser Umstand aber war im hohen Grade geeignet, die ohnehin stark indicirte Annahme, daß Kläger und seine Frau die dem Kinde gegenüber übernommenen Elternpflichten vernachlässigten, bei dem Beklagten zu bestärken, ja zur vollen Ueberzeugung zu erheben.

Kommen nun unter solchen Umständen die Klagen und Erzählungen der Emma Riddlesdale über eine ihr gewordene schlechte Behandlung hinzu, so lag für den Beklagten, der die vom Kläger behauptete Verderbtheit und Lügenhaftigkeit des Kindes gewiß nicht voraussetzen konnte, überall kein Grund vor, der ihm zu Zweifeln an der Wahrheit desselben hätte Anlaß geben können. Auch darf ihm daraus, daß er nicht, ehe er an den Vater des Kindes schrieb, noch anderweite Schritte zur Erforschung des wahren Sachverhalts that, unter den obwaltenden Verhältnissen, ein Vorwurf nicht gemacht werden. Einestheils erlitt die Sache keinen Aufschub und andererseits ist nicht abzusehen, wo Beklagter Nachforschungen hätte anstellen sollen.

Beim Kläger konnte dies nicht geschehen, ohne daß die zum Besten des Kindes beabsichtigten Maaßregeln gefährdet worden wären, und daß, außer diesem, noch jemand unter den obwaltenden Verhältnissen besser Auskunft geben könne, als die Hausgenossen, zu denen auch der Beklagte gehörte, war nicht anzunehmen.

Schrieb dieser aber den Brief in der nach Lage der Umstände wohl begründeten Ueberzeugung von der Wahrheit der darin als auf Angaben des Kindes beruhend mitgetheilten Thatsachen, so kann auch aus dem übrigen Inhalt desselben ein animus injuriandi nicht gefolgert werden. Wenn Beklagter die Wahrheit der Angaben des Kindes zugleich auf Grund eigenen Wissens bestätigt, so ist dies selbstverständlich nicht dahin zu verstehen, daß er jede einzelne der hier mitgetheilten Thatsachen selbst wahrgenommen habe, sondern nur dahin, daß die Erzählung des Kindes in ihrer Totalität mit den von ihm gemachten Wahrnehmungen übereinstimme. Und zu einer solchen Bestätigung hatte er, von seinem Standpunkte aus hinlänglichen Grund, wenn er das häufige Schreien des Kindes, dessen, wenn auch nur vereinzelte Verwendung zu niedern häuslichen Diensten, das zweimalige Entlaufen in Folge vollzogener resp. angedroheter körperlicher Züchtigung, den geistig verwahrlosten Zustand, in welchem dasselbe gefunden worden, und die geringe Sorge die sich die Pflegeeltern um das Entlaufen zu machen schienen in Betracht zog. Was aber die Ausdrucksweise des Beklagten in dem Briefe anlangt, so ist darüber bereits im Eingange dieser Entscheidungsgründe das Nöthige bemerkt worden.

Nun kann allerdings dem Obergerichte insoweit nicht beigestimmt werden, als dasselbe annimmt, es sei vom Kläger nicht bestritten, daß der factische Inhalt des beklagtischen Schreibens sich auf die Aussagen des Kindes gegründet habe. Der Kläger hat Seite 14 u. 15 der Replik speciell erklärt:

„Der Brief versichert, daß Kläger die Emma Riddlesdale auf die grausamste Weise und oft ohne Ursache gemißhandelt habe, Kläger bezweifelt mit Grund, daß Beklagter dergleichen aus dem Munde eines unartigen und boshaften Kindes gehört hat und leugnet es eventuell entschieden;“

und es ist, im Beihalte dieses Passus, klar, daß Kläger in den vom Obergerichte in Bezug genommenen Stellen der Replik p. 14.

„daß der Brief sich nur gründet auf die Aussagen und Lügen eines verdorbenen Kindes, ist als feststehend anzunehmen;“

und Seite 27

„Statt dessen hat Beklagter auf die unwahren Angaben eines verlogenen Kindes hin sofort — die Ehre des Klägers angetastet,“

sich nur in seinen Deductionen auf den Standpunkt gestellt hat, als beruhte der Inhalt des Briefes auf den Angaben des Kindes, ohne damit zugestehen zu wollen, daß dies wirklich der Fall sei.

Gleichwohl führt auch dies nicht zu einem von dem Endresultate des Obergerichts abweichenden Ergebnisse. Es kann nach der ganzen Sachlage, insbesondere den Schilderungen, welche der Kläger selbst von dem Charakter der Emma Riddlesdale und den zwischen dieser und den klägerischen Eheleuten bestehenden schlechten Verhältnissen giebt, gar nicht bezweifelt werden, daß jene ihre Flucht durch Klagen über die Behandlung, die ihr beim Kläger zu Theil geworden, zu rechtfertigen gesucht hat, und dies begründet, in Verbindung mit den bereits hervorgehobenen Umständen, eine solche Vermuthung für die bona fides, mit welchen der Beklagte auch hier zu Werke gegangen, daß ihm nicht erst noch eine Rechtfertigung durch den Nachweis, daß die Erzählungen und Klagen des Kindes des speciellen in den Briefen angegebenen Inhaltes gewesen, abgefordert werden darf.

Die Frage würde nun sein, ob nicht dem Kläger wenigstens in dieser Richtung noch ein Beweis ꝛc. darüber, daß das Kind dem Beklagten Mittheilungen des fraglichen Inhaltes überall nicht gemacht habe, nachgelassen werden mußte. Auch diese Frage muß indeß verneint werden. Könnte, wie gezeigt worden ist, unter den obwaltenden Verhältnissen eine durch den fraglichen Brief vom Beklagten gegen den Kläger verübte Injurie nur dann angenommen werden, wenn er ohne genügende und rechtfertigende Veranlassung, insbesondere, ohne von der Emma Riddlesdale diejenigen, den Kläger gravirenden Angaben erhalten zu haben, von denen der Brief redet, denselben geschrieben hätte, so war es Sache des Klägers, durch die Behauptung und nähere Darlegung eines derartigen Sachverhaltes seine Klage zu begründen. Dies ist aber überall nicht geschehen. Insbesondere ist die positive Behauptung daß Beklagter anders als die von der Emma Riddlesdale in Wahrheit ihm gemachten Mittheilungen in den Brief aufgenommen, nirgends aufgestellt und darauf das Vorliegen einer Injurie gestützt worden. Das oben hervorgehobene Läugnen einer vom Beklagten zu seiner Vertheidigung vorgebrachten Thatsache aber kann den Mangel jener positiven Behauptung um so weniger ersetzen, als es nur ein eventuelles ist, und durch diese Stellung die Intention mittelst desselben etwas zur Klagebegründung beizubringen, gradezu ausgeschlossen wird.

Mußte diesem Allen nach das Obergerichts-Erkenntniß, ohne daß es noch zu einer Beweisauflage oder Nachlassung kommen konnte, bestätigt werden, so war Kläger auch in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu verurtheilen.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.
Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Grefe & v. Döhren.

№ 49. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 6. December. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Oppenheimer c. Sass. — Gessers c. Sass. — Andresen c. Levig. — Obergericht: Dr. Wex c. Dr. Bonfort. — Himmelheber c. Rosenberg. — Kayser c. Kölling. — Präturen: Bernhardt c. Guilleaume.

Handelsgericht.

No. 108.

Erste Kammer. Audienz vom 20. November 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Mutzenbecher und Abegg.

Dr. R. L. Oppenheimer gegen J. H. Sass (Dr. Bandmann).

Der Kläger verlangt Bezahlung von Bco. ℳ 350, als Betrag eines von dem Beklagten acceptirten Wechsels (Anl. 1).

Der Beklagte wendet ein: Das Accept auf dem eingeklagten Wechsel könne er nicht als echt anerkennen. Er habe dem jetzt von hier entwichenen Traffanten Ad. Semelis zwar mehrere Wechsel acceptirt; es seien aber schon mehrfach von Semelis gezogene Wechsel vorgekommen, auf denen sein Accept gefälscht gewesen, und müsse er unter diesen Umständen in Abrede stellen, die Anlage 1 unterschrieben zu haben.

Der Kläger erwidert: Daß Beklagter jetzt seine Handschrift leugne, könne gar nicht mehr attendirt werden; denn derselbe habe nicht nur vor Erhebung des Protestes (Anl. 2) den eingeklagten Wechsel ausdrücklich als echt anerkannt, sondern auch dem protestirenden Notar die Antwort ertheilt, „die Sache solle geordnet werden", und diese Antwort enthalte gleichfalls ein Geständniß der Echtheit.

Der Beklagte leugnet sowohl den Wechsel früher für echt anerkannt zu haben, als auch, daß in der dem Notar ertheilten Antwort eine solche Anerkennung gefunden werden könne.

Es wurde hierauf am 6. Nov. zunächst Commission zur persönlichen Vernehmung des Beklagten verfügt und, diese Commission am 8. Nov. gehalten, sodann aber, nach stattgehabter Deduction aus dem Vernehmungsprotocolle am 20. d. M. erkannt:

da Beklagter, wie derselbe in dem Vernehmungstermin eingeräumt hat, bevor der Wechsel, Anl. 1, gegen ihn protestirt wurde, nicht nur Veranlassung hatte, das Accept auf dem Wechsel zu prüfen, sondern auch dieses Accept als unecht erkannt haben will;

da wenn dessenungeachtet Beklagter ausweise des Protestes, Anl. 2, dem Notar auf dessen Zahlungsaufforderung die Antwort ertheilte: „die Sache solle geordnet werden" — er jetzt nicht mehr damit gehört werden kann, daß das Accept auf dem Wechsel nicht von ihm geleistet sei, indem Beklagter durch die auf den Protest abgegebene Erklärung seine Zahlungspflicht anerkannt hat und

er — wie jetzt klar vorliegt — nicht etwa durch einen entschuldbaren Irrthum zu diesem Anerkenntniß veranlaßt worden ist:

daß Beklagter schuldig sei, die Wechselsumme im Betrage von Bco℔ 350. nebst den Zinsen vom Verfalltage des Wechsels, dem 18. October d. J., sowie den Protest- und Proceß-Kosten — einschließlich der Kosten der persönlichen Vernehmung — dem Kläger sofort zu bezahlen, auch die Sache zur Execution zu verweisen.

No. 109.

Zweite Kammer. Audienz vom 22. Novbr. 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Krogmann und Vogler.

F. W. C. Oeffers (Dr. Heinsen) gegen J. H. Sass (Dr. Bandmann).

Der Kläger hatte den Beklagten auf die Audienz vom 11. October d. J. zur Bezahlung von pro resto Bco℔ 140 laut Wechsels (Anl. 1) citiren lassen. Dr. Bandmann erschien für den Beklagten und bat Commission auf heute.*) Da das Commissionsprotokoll von demselben jedoch nicht unterzeichnet wurde, so citirte der Kläger auf die Audienz vom 29. October „nach fruchtlos gebliebener Commission zur Verhandlung der Sache."

Nunmehr wandte der Beklagte ein: Er halte sich nicht mehr für verbunden, den eingeklagten Wechsel zu bezahlen, da er inzwischen entdeckt habe, daß das auf seinen Namen lautende Accept desselben gar nicht von ihm herrühre.

Der Kläger erwiderte: Mit dem jetzigen Leugnen seiner Handschrift dürfe der Beklagte gar nicht mehr gehört werden, da er in früherer Audienz einen Vergleich dahin, daß er den eingeklagten Betrag in bestimmter Frist bezahlen wolle, offerirt habe und diese Offerte angenommen worden sei. In der Bitte um Commission auf heute liege offenbar eine Anerkennung der Schuld aus dem Wechsel und somit auch eine Anerkennung des auf demselben befindlichen Accepts, welches jetzt als unecht dargestellt werde. Daß diese Anerkennung mit Absicht und vollem Bewußtsein erfolgt sei, ergebe sich auch daraus, daß der beklagtische Anwalt ihm auf seine Mahnung zur Unterzeichnung des Commissionsvergleichs in einem vom 20. October datirten Billet — welches er zu den Acten bringe — erwidert habe, er habe die Unterzeichnung nur wegen Unpäßlichkeit bisher unterlassen und werde sie in den nächsten Tagen vornehmen.

Der Beklagte duplicirt: Er habe mit seiner am 11. October vorgebrachten Bitte nur die Absicht ausgesprochen, den Wechsel (Anl. 1), falls derselbe — wie er damals glaubte — echt sei, in einer bestimmten Zeit zu bezahlen. Nun habe er aber später erfahren, daß das Accept auf dem Wechsel gar nicht von seiner Hand sei; und da er natürlich nie beabsichtigt habe, ein falsches Accept für das seine anzuerkennen, so werde Kläger, falls er bei seiner Forderung beharre, die Echtheit des Accepts auf der Anl. 1 zu erweisen haben.

Nachdem vorgängig eine Commission zur Vernehmung des Beklagten stattgefunden hatte und aus dem über dieselbe aufgenommenen Protokoll beiderseits deducirt worden war, wurde am 22. November d. J. erkannt:

da dem Beklagten darin nicht beigepflichtet werden kann, daß dem in der Audienz vom 11. Octbr. d. J. durch seinen Bevollmächtigten

---

*) Zur Vermeidung eines Erkenntnisses pflegt auf Antrag des Beklagten, welcher die eingeklagte Schuld anerkennen will, die Form einer „Commission auf heute" gewählt zu werden. Wenn solche Commission in der Audienz vom Beklagten beantragt, vom Kläger bewilligt und demgemäß vom Gerichte verfügt worden ist, wird auf Veranlassung des Klägers die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung der eingeklagten Summe ohne Weiteres vom Actuar in Form eines Vergleiches in das Commissionsprotocoll eingetragen, welches von den Partrien, dem Präses der betreffenden Audienz und dem Actuar unterzeichnet wird, nach welcher Unterzeichnung auf Grund dieses Protocolles die Execution erwirkt werden kann.

gestellten und genehmigten Antrage auf Commission auf heute und dem product. d. d. 20. October 1862 die Bedeutung zukomme:

„wenn der Wechsel ächt ist, will ich mich im Commissionsprotocoll verpflichten, ihn zu bezahlen“,

sondern, wie das Vernehmungsprotocoll dies vollkommen bestätigt, so aufzufassen ist:

„da ich den Wechsel für ächt halte, will ich mich im Commissionsprotocoll verpflichten, ihn zu bezahlen“,

da aber, zum Unterschiede der in den Fallit-Commissionen geschlossenen Vergleiche, die im Gerichte vereinbarten erst mit der Unterschrift der Partei oder ihres Bevollmächtigten für perfect angesehen werden und so wenig das nicht unterschriebene Dictat verbindliche Kraft hat, wie die in der Audienz ausgesprochene Bitte einer Commission auf heute unwiderruflich ist, indem solche Vergleichspropositionen, sei es, daß wegen eines Nebenpunktes die Unterschrift unterbleibt, sei es, daß in der Hauptsache keine Verständigung erzielt wird, so lange sie nicht unterschrieben sind, nach constanter Gerichtspraxis als völlig unverbindlich zu erachten sind, wie denn auch das gemeine Recht Verträge kennt, welche erst durch die Unterschrift des gerichtlichen Protocolls perfect werden sollen und deshalb vor der Unterschrift unverbindliche Tractaten bleiben,

cfr. Sintenis Civilrecht II. S. 243,

daß Kläger den Beweis:

daß das Accept der Anl. 1 von dem Beklagten oder in seinem Auftrage oder unter seiner Genehmigung geschrieben sei,

zu führen und, vorbehältlich beklagtischen Gegenbeweises, innerhalb acht Tagen bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig.

Und bleibt dem Kläger die Benutzung des bisherigen Actusinhaltes im Beweisverfahren ausdrücklich vorbehalten.

No. 110.

Zweite Kammer. Audienz vom 22. November 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann. Richter: die Herren: Krogmann und Vogler.

A. J. Andresen (Dr. Malm) gegen P. M. Levig (Dr. Stavenhüter).

Kläger verlangen Bcℳ 1666. 11 ß als Differenz auf laut Schlußnote vom Beklagten per 31. Oct. à 77 pCt. ihnen verkaufte 10,000 fl. Oesterr. Cred.-Bk.-Act., deren Lieferung Beklagter am 31. October ausweise Protestes verweigert habe.

Beklagter wendet ein: der von den Klägern erhobene Anspruch aus einem angeblichen Differenzgeschäfte sei jedenfalls angebrachtermaßen abzuweisen, denn Kläger würden auf Grund der Schlußnote, selbst wenn ihnen nicht noch andere Einreden entgegenständen, doch immer nur berechtigt sein können, die volle Lieferung der 10,000 fl. Creditloose gegen ihrseitige Zahlung des Kaufpreises mit 7700 fl. zu verlangen, selbstverständlich unter angemessenem Präjudiz, sowie unter Vorbehalt klägerischer Gerechtsame wegen eines etwa durch verspätete Lieferung ihnen erwachsenden Schadens. Dagegen seien Kläger nicht berechtigt, sofort eine Differenzklage anzustellen, indem ein sog. Differenzgeschäft, bei welchem die Bezahlung der Differenz zwischen Kaufpreis und Börsenpreis am Lieferungstage, an die Stelle der reellen Erfüllung des Geschäfts trete, unter den Parteien nicht vorgelegen habe. Eventuell stehe der als Schadensklage aufzufassenden Klage auf die Preisdifferenz entgegen, daß Kläger ihm brieflich (s. Anl. B.) am 30. October gedroht hätten, sich an diesem Tage ihrerseits bei Verweigerung der Lieferung durch anderweitigen Ankauf der Actien decken zu wollen, an diesem Tage aber der Börsenpreis der Papiere ein geringerer als derjenige am 31. October gewesen sei, welchen letztern die Kläger ihrer Differenzberechnung also mit Unrecht zu Grunde gelegt, der klägerische Schaden würde demnach nur Bcℳ 1533. 5 ß betragen haben. Aber auch diesen Betrag würden Kläger nur

gegen Caution verlangen können, da Beklagter seinerseits einen Gegenanspruch gegen die Kläger auf Grund eines jenseitigen Wiederverkaufes der 10,000 fl. Cred.-Actien zum 31. October à 79 pCt. bereits erhoben habe, weshalb bis zur definitiven Entscheidung jenes Processes er im schlimmsten Falle nur gegen Caution zu zahlen brauche.

Kläger entgegnen: Die beklagtische Ausführung, daß den Klägern nur eine Klage auf Lieferung der Actien zugestanden hätte, sei vollständig hinfällig, denn es sei durch Doctrin und Praxis längst festgestellt, daß bei verweigerter Lieferung, welche Weigerung sich hier aus dem Proteste ergebe, dem Kläger die Wahl zustehe, ob er die Erfüllung des Vertrages oder statt dessen Ersatz seines Schadens verlangen wolle, welcher Schaden ersichtlich in der Differenz zwischen dem Preise der Actien und dem Börsenpreise derselben am Lieferungstage bestehe. (cf. Pauli im Archiv für deutsches Handelsrecht, Bd. 3, S. 123; deutsches Handelsgesetzbuch § 355—358.) So sei denn auch hier keinenfalls aus einem reinen Differenzgeschäft geklagt, sondern es sei eben, nachdem am Verfalltage die Lieferung vergebens verlangt worden, nunmehr der in der Differenz bestehende Schadensersatz beansprucht. Ebenso völlig verwerflich sei die beklagtische Deduction aus der Anlage B., denn wenn Kläger auch mit einer Deckung gedroht, so seien sie doch zur Vollziehung dieser Drohung nicht verpflichtet gewesen, sie hätten diese Vollziehung an jenem Tage aber unterlassen, indem sie vorgezogen hätten, bis zum 31. October zu warten. Das Verlangen einer Caution sei endlich durchaus unbegründet, denn der angebliche Gegenanspruch der Beklagten sei völlig illiquide und in keiner Weise connex mit der hier erhobenen Klage, es läge also kein rechtlicher Grund zu einem Cautions-Anspruche vor.

Erkannt:

Da die Klage als unrichtig formirt nicht angesehen werden kann, und der beklagtischen Auffassung, daß nur auf Lieferung der fraglichen Staatspapiere hätte geklagt werden dürfen, nicht beizupflichten ist;

denn unser Recht würde die eigentlichen Differenzengeschäfte nur dann als solche anerkennen, wenn nach Ablauf des Liefertermines der Contrahent, dessen Gegner im Verzuge ist, keine anderen Rechte hätte als entweder Schadenersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung zu verlangen, oder vom Handel abzusehen, gleich als wenn derselbe nicht geschlossen wäre; allein es bestimmt, daß bei dem Verzuge des einen Contrahenten der andere die Wahl hat, die Erfüllung des Handels nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung fordern, oder ob er vom Vertrage abstehen will;

es anerkennt ferner, daß eine purgatio morae zulässig sei, wenn die Natur des Geschäftes eine Nachholung des Versäumten zuläßt;

es schließt aber diese Nachholung des Versäumten aus, wenn bedungen wurde, daß genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden solle, indem auch hier der eine Contrahent sich die Nachholung des Versäumten gefallen lassen kann, aber sich dieselbe nicht gefallen zu lassen braucht, sondern sein Wahlrecht einfach ausüben kann in den obgedachten Modalitäten;

da dafür, daß diese Grundsätze hamburgischen Rechtens sind, ein genügendes Zeugniß in den Monituren der Regierungen zu den vier ersten Büchern des Handelsgesetzbuchs, 2te Lesung pag. 53 u. 54 enthalten ist, weil gerade auf hamburgische Erinnerung die betreffenden Artikel des Handelsgesetzbuchs einer dem Vorstehenden entsprechenden Abänderung unterzogen sind;

da also Kläger ihren Schaden statt der Erfüllung ersetzt verlangen können und solchen richtig berechnet haben nach der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Börsenpreise zur Zeit und an dem Orte der geschuldeten Lieferung, ohne daß es eines weiteren Beweises bedarf, daß Kläger am Liefertage weiter verkauft haben, weil sie wieder hätten verkaufen können, auch abgesehen hiervon der Beklagte sich gar nicht zur purgatio morae durch Nachlieferung erboten hat;

da in Bezug auf die 2te Einrede aus der

Drohung in Anlage B. mit Nichten zu schließen ist, daß die Kläger wegen der nicht gelieferten Waare am 30. October d. J. sich gedeckt haben, vielmehr aus dem Proteste, Anlage 3, folgt, daß der Beklagte auch mit dem Beweise gar nicht zuzulassen, daß Kläger sich früher deckten, weil nach demselben dem Beklagten die Lieferung per 31. Octbr. noch freigestellt war, solchem Anerbieten gegenüber also ein etwaiger Ankauf gleicher Papiere von Seiten der Kläger am 30. October für das Verhältniß der Parteien völlig gleichgültig ist, und der Coursgewinn, den Kläger vom 30. October zum 31. October hierauf gemacht haben könnten, lediglich sie allein concernirt;

da aber darin dem Beklagten beizupflichten ist, daß er nicht schlechter gestellt werden dürfe, als wenn er die von ihm erhobene separate Klage als Widerklage in diesem Processe geltend gemacht hätte, weil es überhaupt ein Recht des Beklagten ist, seine illiquiden Gegenansprüche gegen jeden Kläger durch die Form der Widerklage sicher zu stellen und ein solches Recht nur dann cessiren muß, wenn entweder die Klage auf ein bestimmtes Zahlungsversprechen z. B. aus einem Wechsel erhoben ist, oder ein Interesse nicht erfindlich ist, am Gegenstand der Convention eine Retention auszuüben, überdies den Klägern unbehindert ist, in den Besitz des adjudicirten Geldes durch Bestellung suffisanter Bürgschaft zu gelangen, übrigens aber dieser Punct um so weniger von Einfluß auf die Kosten dieses Processes sein darf, als bereits der Gegenanspruch in abgesonderter Klage geltend gemacht und der Beklagte sich auf die ausgebrachte Ladung nicht etwa zur Zahlung unter Deposition des Restes bereit erklärt hat;

daß Beklagter die libellirten Bco℔ 1666. 11 β sammt Zinsen vom Klagetage und den Kosten innerhalb acht Tagen den Klägern gegen Caution für seine separate Klage zur Summe von Bco℔ 1400 sub poena executionis zu bezahlen, in Entstehung der Caution aber deren Betrag unter gleichem Präjudiz zum gerichtlichen Depositum zu bringen schuldig. *)

Obergericht.

No. 45.

In Sachen Dris. Wex m. n. J. F. Matthias gegen Drem. Bonfort als verantwortlichen Redacteur der Zeitung „Das neue Hamburg“ (cf. No. 30 der Gerichtszeitung. Präturen: Nr. 13) hat das Obergericht am 8. November erkannt:

Da bei der Abmessung der Satisfactionssumme für eine in einer Zeitung veröffentliche Injurie mit zu berücksichtigen ist, ob nach der Größe des Absatzes der betreffenden Zeitung die Injurie in größerem oder geringerem Maaße verbreitet worden ist;

da nun die Zeitung: „Das neue Hamburg“ als dieselbe den die vorliegende Klage veranlassenden Artikel brachte, erst seit einigen Wochen erschien, und da eine neubegründete Zeitung zuerst nur einen kleinen Leserkreis zu haben pflegt, mithin der gedachte Artikel des „Neuen Hamburg“ nur eine geringe Verbreitung gefunden haben wird; aus diesem Grunde die in dem niedergerichtlichen Decrete contra quod vom 16. Juli d. J. dem Kläger zuerkannte Satisfactionssumme zu hoch erscheint;

daß, unter Verwerfung der klägerischen Beschwerde, das angefochtene Decret des Niedergerichts wieder aufzuheben und in Bezug auf die Höhe der vom Beklagten dem m. n. Kläger zu zahlenden Satisfactionssumme das Erkenntniß der zweiten Prätur vom 2. Juni d. J. wieder herzustellen.

---

*) cf. mit diesem Rechtsfalle die Entscheidungen des Handelsgerichts und des Obergerichts in Sachen Derenberg c. Arnthal & Co. „Gerichts-Zeitung“ 1862 No. 9 und No. 23.

No. 46.

In Sachen J. Himmelheber gegen H. Rosenberg (cf. No. 44 der Gerichtszeitung. Obergericht No. 41) hat das Obergericht nachstehendes Declaratorium zum Erkenntnisse vom 24. October abgegeben:

da in den Entscheidungsgründen des obergerichtlichen Erkenntnisses vom 24. October d. J. sub 2 mit völliger Bestimmtheit ausgesprochen ist, daß der Kläger um mit seinem Anspruche durchzudringen, die von ihm behauptete Absendung des Antwortschreibens vom 14. Mai 1861 darzuthun habe, indem sonst angenommen werden müsse, daß er sich mit der beklagtischen Auffassung stillschweigend einverstanden erklärt habe;

da es hiernach auf die übrigen Einwendungen des Beklagten nur dann ankommen kann, wenn der Kläger den ihm auferlegten Beweis erbringt;

da es demgemäß offenbar nur auf einem, den Sinn entstellenden, Schreibfehler beruht, daß in dem Schlußsatze der Entscheidungsgründe,

„wenn der Kläger den ad 2 gedachten Beweis nicht erbringen sollte",

durch das eingeschaltete „Nicht" das Gegentheil von dem gesagt ist, was als selbstverständliche Folge des Vorhergehenden allein gesagt werden konnte und sollte:

daß in dem erwähnten Satze das Wort „nicht" zu streichen und in dieser Weise die Fassung des Erkenntnisses zu emendiren.

Zugleich wird die kostenfreie Ausfertigung dieses Bescheides für beide Parteien hiemit verfügt.

No. 47.

In Sachen Theodor Kayser gegen John Kölling (cfr. No 40 der „Gerichts-Zeitung", Handelsgericht No. 89; und No. 43, Handelsgericht No. 95) hat das Obergericht in contra restitutorio am 17. November erkannt:

daß unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Erkenntnisses der zweiten Kammer des Handelsgerichts vom 27. September d. J. das angefochtene Erkenntniß der ersten Kammer des Handelsgerichts vom 21. October d. J. wieder aufzuheben und das Erkenntniß der zweiten Kammer vom 27. September d. J. wieder herzustellen.

Präturen.

No. 17.

Erste Prätur. Audienz vom 30. Septbr. 1862.
Prätor: Herr Dr. Poelchau.

L. Bernhardt qua successor in matrimonio J. F. Kabus und in Firma J. F. Kabus Nachfolger (Proc. Blum) gegen G. G. Guilleaume (Proc. Biehler).

Der Kläger verlangt Bezahlnng von pro resto Ct℔ 279. 2½ ß und pro resto Ct℔ 60. 8 ß für an den Beklagten geliefertes Fleisch, da Letzterer auf die bis zum 27. Januar 1861 ihm schuldig gewordenen Ct℔ 293. 2½ ß einen Louisd'or und auf die ihm später creditirten Ct℔ 70. 8 ß erst 10 ℔ a conto gezahlt habe.

Der Beklagte wendet ein: Er habe sich am 27. Januar 1861 insolvent erklärt, und müsse daher der Kläger mit seiner bis dahin entstandenen Forderung von Ct℔ 293. 2½ ß sich an die Masse wenden. Der Louisd'or sei nicht auf diese alte, sondern auf die nach seinem Concurs entstandene Schuld bezahlt worden; und sei er bereit, diese Letztere mit Ct℔ 70. 8 ß, abzüglich der bezahlten Ct℔ 14 und Ct℔ 10, zu tilgen.

Der Kläger entgegnet: Der Beklagte habe nach seinem Concurse mündlich sowohl als schriftlich (in einem Briefe Anl. 1) *) versprochen, ihm seine For-

*) Diese Anlage 1 lautet:
„Herrn J. F. Kabus Wwe., Wohlgeboren
Leider habe ich mich insolvent erklären müssen; jedoch

derung trotz seines Fallissements für voll zu bezahlen, und habe auch in Folge dieses Versprechens den Louisd'or ausdrücklich auf seine alte Schuld abgetragen. Angesichts der Anlage 1 sei der Beklagte sofort in das ganze libellatum zu verurtheilen; eventuell würden ihm jedenfalls angemessene Terminzahlungen aufzuerlegen sein.

Der Beklagte duplicirt: Die Anl. 1 könne den Kläger nicht zur Klage berechtigen; denn erstens habe er dieselbe zu einer Zeit geschrieben, als er noch keine Gewerbefreiheit wiedererhalten hatte, also außer Stande war, neue Verpflichtungen rechtsgültig einzugehen, und zweitens seien derartige Versprechungen eines Falliten, durch welche ein Creditor gegen die übrigen bevorzugt werden solle, gesetzlich verboten und kraftlos. Eventuell habe er jedenfalls nichts weiter versprochen, als was schon das gesetzliche Nachmahnungsrecht dem Kläger gewähre: nämlich daß er demselben seine im Concurse untergegangene Forderung „nach besten Kräften" nachträglich abbezahlen wolle. Er sei aber jetzt keineswegs im Stande, die aus der Zeit vor seinem Concurse geschuldete Summe zu entrichten; und würde Kläger auch jedenfalls bis nach Ablauf der für das Nachmahnungsrecht festgestellten 5jährigen Frist warten müssen, da ihm in der Anl. 1 keine Bevorzugung vor seinen übrigen Creditoren versprochen sei. Der Ld'or. sei nicht auf den alten Betrag, sondern am 14. Februar 1861 auf die drückendere Schuld für Fleisch, welches er nach dem 27. Januar zum Betrage von 13 ℔ 2 ß erhalten hatte, bezahlt worden.

Erkannt:

da der Beklagte nach dem Inhalte der Anlage 1. den Antecessor des Klägers in matrimonio bei Mittheilung seiner erfolgten Insolvenzerklärung benachrichtigt hat, daß er dessen Forderung nicht mit angegeben habe und dieselbe nach besten Kräften abbezahlen werde;

da eine derartige absichtliche und dem Creditor als solche bekannt gegebene Omission desselben in der Designation einen verbotenen Winkelakkord involvirt,

cf. O.-G. Erkenntniß in S. Hirschel contra Auerbach, Samml. III. p. 232. c. f.;

Da demzufolge aus dem gedachten Schreiben des Klägers Antecessor in matrimonio Rechte für sich nicht ableiten kann, und wenn der Beklagte auf Grund dieser Zusage dem Kläger bereits 1 Louisd'or gezahlt haben sollte, der Kläger eben so wenig berechtigt ist, denselben für sich zu behalten, ihn vielmehr nach Maaßgabe Art. 45 sub 1 der N. F.-O. an die hiesige Armenanstalt auszukehren haben würde;

da eine etwaige spätere Wiederholung jener gesetzwidrigen Zusage des Beklagten in dieser Sachlage nichts zu ändern vermag;

da endlich der Beklagte behauptet, daß er dem Kläger den einen Louisd'or auf die nach seinem Fallissement ihm gemachten Fleischlieferungen gezahlt habe;

daß Kläger mit seiner bis zum 27. Januar 1861 libellirten Forderung von 293 ℔ 2½ ß hier ab und an die Masse des Beklagten zu verweisen, Beklagter aber schuldig sei, die von der späteren Forderung des Klägers liquiden Ct℔ 46 8 ß dem Kläger in 8 Tagen s. p. Exc. zubezahlen, die restirenden 14 ℔ aber ad dep. jud. zu bringen und i. t. s. p. des. und conf. zu beweisen,

daß er dem Antecessor des Klägers in matrimonio am 14. Februar 1861 für nach dem 27. Januar 1861 von demselben im Betrage von 13 ℔ 2 ß empfangenes Fleisch 1 Louisd'or bezahlt habe.

Auf klägerische Supplication decretirte das Niedergericht am 28. November d. J.:

Da in dem Versprechen, welches ein Fallit einem seiner Gläubiger leistet, daß derselbe von dem eingetretenen Concurs unberührt bleiben solle,

---

habe ich Ihre Forderung gar nicht mit angegeben, betrachte dieselbe auch gar nicht damit inbegriffen, sondern betrachte mich wie zuvor Ihr Schuldner. Ich ersuche Sie nun, mir wie früher Fleisch zu senden, welches ich Ihnen prompt jede Woche bezahlen werde; sowie Ihnen nach besten Kräften von dem alten Saldo abzubezahlen verspreche.

Hamburg, den 30. Januar 1861."

(gez.) S. G. Guilleaume.

und daß er ihm nach wie vor Zahlung leisten wolle, ein im Art. 55 der Neuen Falliten-Ordnung verpoenter Winkel-Vergleich und Neben-accord nicht zu erblicken ist, indem in jener Gesetzes-Stelle nur solche Neben-Vergleiche verboten werden, kraft deren der Eine Gläubiger ein mehreres aus der Masse erhalten würde, als die übrigen Gläubiger und als der Accord im Munde führt, durch welche mithin die vom Gesetz angeordnete gleichmäßige Berechtigung der einzelnen Gläubiger an der vorhandenen Vermögens-Masse gestört würde, keineswegs aber auch Verpflichtungen, welche der Fallit in Betreff seines künftigen Erwerbes übernimmt;

da — daß dieses die Meinung des Gesetzes ist — aus der dem Uebertreter darin angedrohten Strafe unverkennbar hervorgeht, der das zuviel Empfangene der Masse restituiren — (die Restitution setzt aber voraus, daß der Masse durch den Neben-Accord etwas entzogen worden) — und überdies auch zur Strafe den ordnungsmäßigen Accords-Betrag, die rechtmäßig erhaltene Dividende, verlieren und der Armen-Anstalt erlegen soll;

da nun der Beklagte nach seiner Insolvenz-Erklärung in der Anl. 1 der klägerischen Ehefrau ein unbedingtes Zahlungsversprechen ertheilt hat, indem er sich „wie zuvor" als ihr Schuldner betrachtet wissen, ihr also eben so verpflichtet sein will, als ob das Fallissement nicht dazwischen getreten wäre;

da es dabei nicht in Betracht kommt, ob der Beklagte zur Zeit, als er jenes Versprechen ertheilte, schon Gewerbefreiheit hatte, oder nicht, indem die Ertheilung des freien Gewerbes keine andere Bedeutung hat, als — was der Ausdruck besagt — daß sie den Falliten befugt, wieder ein Gewerbe zu betreiben, das Fallissement an sich aber dem Falliten wohl die Disposition über seine Güter entzieht, aber ihn nicht unfähig macht, sich rechtsverbindlich zu verpflichten;

da es überdies dem guten Glauben widerstreiten würde, sollte es dem Beklagten gestattet sein, nachdem er die klägerische Ehefrau durch die ihr ertheilte Zusage zu fernerer Creditbewilligung inducirt hatte, sich hinterdrein von dieser Zusage wieder loszusagen;

da es endlich Angesichts der Anl. 1 einer Entscheidung darüber nicht bedarf, ob ohne dieselbe dem Kläger in Betreff seiner älteren Forderung die Einrede des Fallissements obstiren würde,

daß das Erkenntniß der ersten Prätur vom 30. September d. J. wieder aufzuheben und Beklagter schuldig sei, dem Kläger die libellirten Ct℔ 339. 10½ ß so wie die in erster Instanz demselben erwachsenen Proceßkosten innerhalb 8 Tagen sub poena executionis zu bezahlen.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 26.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 50. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 13. December. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Adams c. Mutzenbecher Söhne. — Dr. Feldmann c. Schmidt. — Niedergericht: Landvogt zu Billwärder und Consorten c. Finanz-Deputation.

Handelsgericht.

No. 111.

Zweite Kammer. Audienz vom 29. Novbr. 1862.

Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Krogmann und Vogler.

Capitain Adams (Dr. Sieveking) gegen J. W. Mutzenbecher Söhne (Dr. O. Schröder).

Kläger verlangt Bezahlung ev. Deposition von Bco℔ 21,951. 3 ß Fracht für bis zum 7. November aus klägerischem Schiff gelöschte Waare und Verpflichtung der Beklagten, die weitere Fracht laut zu ertheilender Aufgabe bis heute und von heute ab täglich für die per Tag gelöscht werdenden Güter zu bezahlen.

Die Beklagten opponiren die Einrede der mehreren Litisconsorten resp. der falschen Beklagten, da laut Connossement, Charter und Fracht-Rechnung die Beklagten nicht allein, sondern zusammen mit A. J. Schön & Co. das ganze in Betracht kommende Geschäft gemacht hätte. Ferner sei die Klage als verfrüht abzuweisen, da Kläger nur nach vollständiger Löschung der Ladung Fracht verlangen könne und mit Unrecht jetzt einen Theil derselben für die bereits gelöschten Güter und das Uebrige pro rata der täglich gelöschten Güter verlange. Gegen diese Auffassung der Sache spreche der Wortlaut der Charter, nach welchem the balance of the freight erst bezahlt werden solle nach true and right delivery of the cargo, das heiße nach vollständiger Löschung der Ladung; ferner habe der Capitain auch offenbar den Empfängern die Fracht bis zur vollständigen Löschung der Fracht creditiren wollen, da diese ihm gegenüber sich verpflichtet hätten, 600 £ in Callao und 800 £ bei Ankunft der Waare hier zu zahlen, ohne Sicherheit dafür, daß er seinerseits den Frachtcontract erfülle; endlich seien Beklagte durch die Charter berechtigt, statt Baarzahlung Wechsel auf sich selbst für die Fracht zu geben, was zu einem absurden Resultate führe, wenn man annehmen wollte, daß sie täglich zur Zahlung verpflichtet seien. Ferner seien Kläger laut Charterpartie befugt, etwaige Gegenansprüche gegen den Capitain von der Fracht in Abzug zu bringen, einerlei ob dieselben liquid seien oder nicht. Solche Gegenansprüche nun ständen den Beklagten in zwiefacher Richtung zu: einmal wegen Verzögerungen, die der Capitain herbeigeführt, indem er, statt wie seine Pflicht, von Melbourne direct nach Callao zu segeln, erst noch einige andere Fahrten gemacht; sodann weil ein Theil der gelöschten Waare in seebeschädigtem Zustande angekommen. Aus dem ersten Grunde seien die Beklagten jedenfalls berechtigt,

für jeden Tag der Verzögerung 9 £ in Anspruch zu nehmen; vielleicht auch die Penalty-Clausel der Charter auf Verwirkung der Fracht in Anwendung zu bringen. Der beschädigte Zustand der Waare aber berechtige sie zu einem verhältnißmäßigen Frachtabzuge. In pessimum eventum werde gegen die Coursberechnung des Klägers monirt, daß für das an jedem Tage Gelöschte der Tagescours hätte in Anwendung kommen müssen und Kläger nicht unbefugterweise zum Nachtheile der Beklagten die ganze Forderung nach einem Cours berechnen durfte. Schließlich müsse von der klägerischen Forderung jedenfalls $2\frac{1}{2}$ pCt. beklagtische Commission abgezogen werden.

Kläger entgegnet: Die Einrede mehrerer Litisconsorten erledige sich dadurch, daß Beklagte zusammen mit A. J. Schön & Co. (die eventualiter zu adcitiren seien) gemeinsam Agenten der peruanischen Regierung wären und solidarisch hafteten, übrigens hätten Kläger alle Verhandlungen mit den Beklagten allein gepflogen. Gegen die Einrede der verfrühten Klage bemerke er, daß der Capitain keinen Frachtvorschuß genommen und es in der Charter nicht etwa after, sondern on the true and right delivery heiße. Allerdings könnten damages abgezogen werden; aber das stehe dem Anspruche auf Deposition nicht entgegen. In Betreff der Liegetage werde geleugnet, daß überall eine Deviation stattgefunden; eventuell hätten die Beklagten dieselbe zu beweisen. Der berechnete Cours sei ein mäßiger; die Commission sei bereits offerirt.

Erkannt:

Da 1) bei einer Vereinigung mehrerer Kaufleute zu einzelnen Handelsgeschäften, bei welchen alle Theilnehmer gemeinschaftlich gehandelt haben, Jeder derselben Dritten gegenüber solidarisch verpflichtet ist,

da, wenn es nach gemeinem Rechte als controvers anzusehen, inwieweit die Einrede der Theilung, welche durch die Epistola Divi Hadriani mehreren Fidejussoren gegeben worden, durch die Nov. 99 auf alle solidarisch Verpflichteten ausgedehnt sei.

cf. Matthai Controversen Lexicon p. 86.

doch nach entschiedenem Handelsgebrauche bei Mitverpflichteten aus Handelsgeschäften die Einrede nicht Platz greift, indem vielmehr zur Sicherheit und Bequemlichkeit der Rechtsverfolgung der Gläubiger aus mehreren Schuldnern denjenigen auswählen kann, gegen dessen Zahlungsfähigkeit die wenigsten Zweifel vorhanden sein mögen, und derselbe ferner durch eine Klage sein ganzes Interesse zu erhalten im Stande sein soll,

vergl. z. B. die Motive zum Art. 215 des Preußischen Entwurfes eines Handelsgesetzbuches p. 105 u. p. 106.

da 2) die Klage verfrüht nicht erscheint, weil allerdings die Frachtbezahlung, wie im Zweifel jede Gegenleistung aus zweiseitigen Obligationen, Zug um Zug verlangt werden kann, indem der geforderten Zahlung für das gelöschte Quantum und des zu löschenden per Tag nicht entgegen steht, daß die Charter die Frachtbezahlung at the rate of 3 £ 10. in full per ton of 20 cwt. British net weight of Guano bestimmt, indem sie dadurch überhaupt nur die Berechnung der Frachtsumme normirt, anderen Falls aber der Zahlung für je 20 Centner das Wort reden würde, und ebensowenig obstirt, daß „the balance on the true and right delivery of the cargo" nach der Charter zu entrichten ist, da hiermit nicht gesagt worden, daß erst nach vollständiger Entlöschung der Ladung die Fracht zu bezahlen sei, sondern auch wenn ein Theil der Ladung richtig abgeliefert ist, die entsprechende Fracht hierfür verlangt werden kann, weil anders dies unzweifelhafte Recht des Klägers präciser hätte cassirt werden müssen, noch endlich aus der Bestimmung der Charter über Frachtvorschüsse und aus dem Wechselrecht der Beklagten die Fracht, statt pr. Cassa, in Drei-Monatswechseln zu entrichten, die fernere Berechtigung derselben nicht gefolgert werden darf, die Frachtzahlung später, als dieselbe fällig geworden, zu leisten, weil jene singulairen Bestimmungen sich zu solcher Conclusion nicht extendiren lassen;

da 3) die Klage wegen der beklagtischen Gegenansprüche nicht hinfällig erscheint, denn der Satz des Charter „and in the event. of any rival claim" bezieht sich, wie aus dem Wortlaute und der folgenden Bestimmung des Charter ersichtlich ist, auf die Ansprüche dritter Nichtcontrahenten, konnte hier also gar nicht in Frage, und die

Ansprüche der Beklagten wegen angeblicher Deviation des Klägers auf der Reise von Melbourne nach Callao durch Anlaufen von Otago und wegen Frachtabzuges for the water contained in damaged Guano sind von derselben überall auf Zahlen nicht gebracht, so daß zur Zeit wenigstens die Retention irgend welcher Summe nicht gebilligt werden kann, weil es einem Gegenanspruche so wenig wie einer Klage an einem festbestimmten Objecte fehlen darf; der Anspruch der Beklagten auf Abzug der Customary-Commission, nämlich 2 pCt., und außerdem von 2 1/2 pCt. Commission Namens Witt & Schutt, die Frachtforderung aber von selbst mindert, und demgemäß von jeder Rate der Frachtzahlung abzuziehen ist;

da endlich die Bezahlung der Fracht nach Wahl der Befrachter entweder durch Wechsel auf A. J. Schön & Co. und J. D. Mutzenbecher Söhne, drei Monate dato, zum Werthe jedoch des notirten kurzen Courses auf London am Tage der Ausstellung der Wechsel, oder pr. Cassa zum notirten kurzen Cours auf London hier abzüglich 4 pCt. pro Anno, repartirt auf drei Monate, welche im ersteren Falle die Wechsel zu laufen haben, also im Ganzen 1 pCt., zu erfolgen hat, dies Wechselrecht auf die Entscheidung des Kostenpunktes aber um so weniger von Einfluß sein kann, als es vor der Klage gar nicht ausgeübt worden, wie denn auch das beklagtische Recht auf Abzug von 4 1/2 pCt. Commission eine Kostencompensation nicht rechtfertigen würde:

Erkannt:

daß Beklagte die libellirten £ 1660. 12. 2. — abzüglich 4 1/2 pCt. Commission — sammt Zinsen vom Klagetage zu dem am Tage dieses Erkenntnisses notirten kurzen Course auf London pr. Cassa, oder nach ihrer Wahl in Drei-Monats-Wechseln zu demselben Course auf die obgedachte Firmen, zuzüglich des Interesse von 1 pCt., innerhalb 3 mal 24 Stunden sub poena executionis auf den Cassenbetrag dem Kläger nebst den Prozeßkosten zu bezahlen haben;

auch ferner schuldig zu erklären, die weitere Fracht nach erhaltener und unbestritten gebliebener Aufgabe über das gelöschte Quantum bis heute und von heute ab täglich für die gelöscht werdenden Güter abzüglich 4 1/2 pCt. Commission nach ihrer Wahl, wie vorerwähnt, per Cassa oder in Wechseln zu dem täglich notirten kurzen Course dem Kläger zu bezahlen, wobei denselben unbenommen bleibt, falls sie eine bestimmte Forderung wegen der angeblichen Deviation des Klägers und wegen des in beschädigtem Guano enthaltenen Wassers aufzustellen vermögen, unter desfallsiger Anzeige an den Kläger den entsprechenden Frachtbetrag anstatt ihn zu bezahlen, zur gerichtlichen Deposition zu bringen.

No. 112.

Erste Kammer. Audienz vom 17. Novbr. 1862.
Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Blume und Krogmann.

Dr. H. A. Feldmann mand. noie Robert Sinclair & Co. in London gegen Wilhelm Schmidt, Theilhaber der Firma Schmidt, Crome & Co. in Montevideo (Dr. Noack.)

R. Sinclair & Co. haben folgende Klage angestellt: Der Beklagte habe im September v. J. bei ihnen durch den Agenten C. Gensen 9 Kisten diverser Hemden zur Verschiffung nach Montevideo bestellt, mit der Verpflichtung, den Facturabetrag durch 6 Monatstratten auf G. Kraefft zu bezahlen. Am 9. October hätten sie sodann geschrieben, daß die Waare in der nächsten Woche fertig sein werde, und angefragt, wer dieselbe dort für den Beklagten empfangen solle (Anl. 11). Hierauf sei ihnen (in Anl. 12) geantwortet, sie möchten die Verschiffung der Waare für den Beklagten, der in London keinen Vertreter habe, besorgen und zugleich Factura und Muster an Kraefft einsenden. Da nun damals in London keine Schiffsgelegenheit nach Montevideo gewesen, hätten sie die Waare in das nächste von Liverpool dorthin abgehende Schiff verladen und ihrem Agenten Gensen mit Uebersendung der Factura am 11. November dieses, sowie am 14. November die erfolgte Absendung der Muster angezeigt. (Anl. 13 u. 14). Derselbe habe darauf am 21. Novbr. sie benachrichtigt, daß Kraefft ihm die Factura im Namen des Beklagten retournirt und angezeigt habe, daß er die Waare nicht acceptiren, vielmehr die Erklärung der Kläger abwarten wolle, ob diese sie als eine Consignation an das Haus des Beklagten in Montevideo betrachten wollten. Sie hätten sich gegen dies dolose Ansinnen sofort auf das Bestimmteste (durch Anl. 16) verwahrt und am 12. Decbr. an Gensen geschrieben, er möge ihnen die Factura, die Muster und die Connossemente zurückschicken (Anl. 17), darauf aber die Antwort erhalten, Beklagter könne die Connossemente nicht zurückgeben, da er dieselben bereits an sein Haus in Montevideo geschickt habe (Anl. 18). Nun seien aber die Connossemente, wie das von ihnen zurückbehaltene Exemplar (Anl. 19) ausweise, erst am 21. Novbr. in Liverpool gezeichnet worden, hätten also nicht vor dem 25. in die Hände des Beklagten gelangen können; schon am 21. November aber sei die Waare von Seiten des Beklagten zur Disposition gestellt, und hätte sich seit diesem Datum selbstverständlich der Beklagte auch jeder Verfügung über die Connossemente enthalten müssen. — Beklagter sei demnach jedenfalls zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, principaliter weil er die den gegebenen Mustern entsprechend gelieferte und als von ihm bereits in London empfangen zu betrachtende Waare überall nicht zur Disposition stellen, eventualiter weil er, nachdem er dies gethan, wenigstens nicht eigenmächtig über die Waare oder die Connossemente verfügen durfte. Ausweise Factura und Spesennote (Anl. 20 u. 21) lasteten auf der Waare

399 £ 8 sh 2 d, in welchen Betrag der Beklagte zu verurtheilen sein würde, da die 6 Monate vom Tage der Factura bereits abgelaufen seien.

Der Beklagte wendet ein: Das hiesige Gericht sei incompetent, da es sich um ein Geschäft mit seiner Firma in Montevideo handle, er hierselbst Fremder sei und eine Interpellation seines überseeischen Hauses nicht behauptet werde. Die jenseits producirte Correspondenz zwischen den Klägern und Gensen concernire ihn (den Beklagten) jedenfalls nur insoweit, als Gensen darin seinem Hause berichtet habe, was er (der Beklagte) hier mit ihm vereinbart. Diese Vereinbarung sei aber dahin gegangen, daß Kläger die Waare genau nach einer ihrem Agenten gelieferten Probe und in bestimmten Mustern liefern, dieselbe auch von London direct nach Montevideo senden, daß aber die Muster derselben zwischen dem 24. und 26. October hier eintreffen sollten, um früher als die Waare selbst drüben ankommen zu können. Erst im Dezember aber, als die Waare selbst längst von London abgegangen war, habe Gensen ihm die Muster zusammen mit den Connaissementen und den übrigen Papieren gesandt. Da nun einestheils die Muster viel zu spät angekommen seien, anderntheils sich sofort gezeigt habe, daß dieselben der bei der Bestellung gegebenen Probe durchaus nicht entsprachen, habe er Muster und Connossemente an Gensen retounirt, der auch sowohl die probewidrige Ausführung der Ordre, als die verspätete Lieferung vollkommen anerkannt habe. Einige Tage darauf habe ihm Gensen dann mitgetheilt, die Kläger liefen Gefahr, daß die bereits schwimmende Waare, wenn dieselbe in Montevideo keine Destination fände, von der Douane für Fracht und Zoll in Beschlag genommen und verkauft werden würde; und habe er auf die Vorstellungen Gensens hierüber das Connossement von demselben lediglich deßhalb wieder angenommen, damit die Waare vorläufig für Rechnung der Kläger, und bis diese weiter darüber verfügen würden, von seinem Hause aufgenommen würde. Die Anfrage, ob Kläger die Sendung als eine Consignation an sein Haus betrachten wollten, habe er nie gestellt. Mit dieser Darstellung der Sache befinde sich auch ein Brief Gensens (Anl. 22.) völlig im Einklange, worin dieser den Klägern mit klaren Worten vorwerfe, daß sie die Ordre nicht exact ausgeführt, daß sie zu spät geliefert, die Muster nicht wie bestellt gesendet, und die Ausführung überhaupt so schlecht als möglich besorgt hätten. Wenn jenseits behauptet werde, die Waare sei als bereits in London empfangen anzusehen, so sei dies unverständlich, da dieselbe direct von London nach Montevideo gesendet werden sollte. Die angebliche eigenmächtige Verfügung über die Waare liege der obigen Darstellung gemäß gar nicht vor, da die Absendung des Connossements lediglich im Interesse der Kläger und im Einverständnisse, ja auf Anhalten ihres Agenten erfolgt, überdies von den Klägern gar nicht einmal behauptet worden sei, daß diese Uebersendung ihnen Schaden verursacht. Die Klage sei somit vollständig unbegründet und ohne weiteres abzuweisen.

Die Kläger entgegnen: Die Einrede der Incompetenz sei unbegründet, da der Beklagte hier domicilirt und das fragliche Geschäft mit ihm, nicht mit seinem Montevideohause, abgeschlossen sei, wie denn auch der Kaufpreis hier hätte bezahlt werden sollen. Die maßgebenden Verhandlungen seien in der zwischen ihnen und Gensen als dem Vertreter des Beklagten geführten Correspondenz enthalten. Gensen sei nämlich offenbar nicht ihr einseitiger Vertreter, sondern der Vermittler zwischen ihnen und dem Beklagten gewesen; er habe sich überhaupt von vorn herein mehr als Vertreter der Interessen des Beklagten gerirt und zuletzt geradezu gemeinsame Sache mit Diesem gemacht. Die beklagtische Darstellung der Thatsachen werde, soweit sie dem in der Klage angeführten widerspreche, bestritten. Davon, daß die Muster zwischen dem 24. und 26. October hätten hier sein sollen, sei keine Rede gewesen. Uebrigens seien dieselbe ausweise Anl. 17 am 14. Nov. an Gensen abgeschickt, und sei es daher unbegreiflich, daß Beklagter sie erst im December und gleichzeitig mit den Connossementen empfangen haben wolle. Ob Gensen die verspätete Lieferung und die probewidrige Ausführung anerkannt habe, sei gleichgültig, da er dazu in seiner Stellung offenbar nicht berechtigt gewesen sei und sie demnach auch durch eine solche Erklärung nicht habe verpflichten können. Ebensowenig habe er das Recht gehabt, dem Beklagten — wie dieser behaupte — einige Tage später die Connossemente zurückzugeben, um sie nach Montevideo zu schicken; Beklagter habe wissen müssen, daß Gensen hierzu nicht befugt war, seine Disposition über die Connossemente sei somit allerdings eine eigenmächtige gewesen und müsse ihn daher unbedingt zur Zahlung des Kaufpreises verpflichten.

Erkannt:

die Einrede der Incompetenz betreffend:

da der Beklagte nicht in Abrede stellt, daß die bei dem Kläger von ihm für seine Firma in Montevideo bestellten Waaren hierorts bezahlt werden sollten, in Rücksicht hierauf es aber dem Kläger nicht verwehrt werden kann, den hierorts sich aufhaltenden Beklagten auf diese Zahlung vor den hiesigen Gerichten zu belangen:

daß die Einrede der Incompetenz zu verwerfen;

und in der Sache selbst:

da Carl Gensen, durch dessen Vermittelung Kläger das in diesem Proceß in Rede stehende Geschäft mit dem Beklagten abgeschlossen, in der Klage als klägerischer Agent bezeichnet wird, derselbe auch in der von dem m. n. Kläger neben der Klage beigebrachten Correspondenz sich lediglich als Agent der Kläger, nicht etwa als Mandatar des Beklagten oder der beklagtischen Firma, gerirt und Kläger ebenfalls in ihren Briefen an Gensen diesen nur als ihren Agenten betrachten;

da hiernach die Auffassung des m. n. Klägers, es müsse Beklagter den Inhalt dieser zwischen den Klägern und deren Agenten geführten Correspondenz ohne Weiteres gegen sich gelten lassen, durchaus unbegründet ist, es vielmehr klar vorliegt, daß diese Correspondenz für die Begründung des klägeri-

schen Anspruchs nur in so weit in Betracht kommen kann, als Beklagter anerkennt, daß Gensen's Mittheilungen an die Kläger mit den Aufträgen, welche er dem ersteren für die letzteren ertheilt, übereinstimmen, und als Beklagter einräumt, daß Gensen, nachdem derselbe die klägerischen Briefe erhalten hatte, ihn, Beklagten, von dem Inhalte derselben unterrichtet habe;

da andrerseits Kläger die ihnen nachtheiligen Aeußerungen ihres eigenen Agenten in den von ihrem Mandatar selbst producirten Briefen — also die Aeußerungen Gensens, nach welchen Kläger ihre contractlichen Verpflichtungen gegen die beklagte Firma unerfüllt gelassen hätten — gegen sich gelten lassen müßten, wenn m. n. Kläger nicht noch replicando die Behauptung aufgestellt hätte, daß Gensen bei der ganzen Angelegenheit mehr im Interesse des Beklagten als in demjenigen der Kläger gehandelt und zuletzt mit dem ersteren gemeinschaftliche Sache gegen die letzteren gemacht habe, — eine Behauptung, die eines besondern Beweises nicht bedarf, die vielmehr dann ohne Weiteres als begründet angesehen werden müßte, wenn es feststände oder erwiesen würde, daß Kläger in Wahrheit ihre contractlichen Verpflichtungen erfüllt haben;

da aber der Umstand, daß m. n. Kläger erst replicando mit dieser, die Bedeutung der von ihm zu seiner Klage beigebrachten Documente aufklärenden Behauptung hervorgetreten ist, es zur Folge haben muß, daß dem Beklagten — insoweit nicht schon jetzt die Klage sich als unbegründet darstellt — vor einer weiteren Entscheidung zu verstatten ist, seine Exceptionen, falls er es für dienlich erachten sollte, zu vervollständigen;

da nun der Auffassung des m. n. Klägers, nach welcher Beklagter schon deshalb zur Zahlung des Facturabetrags für die von ihm durch Gensen's Vermittelung bei dem Kläger bestellten Waaren verpflichtet sein soll, weil die Waaren als in London empfangen zu betrachten seien, es entscheidend entgegensteht, daß der eigenen klägerischen Darstellung zufolge, London zwar der Lieferungsort, nicht aber der Empfangsort war, daß Kläger zwar in London die Waaren zu liefern, eine Prüfung der Waaren durch die beklagte Firma aber dort nicht stattfinden sollte;

da ferner Beklagter dadurch, daß er, nachdem er bereits von dem Geschäfte sich losgesagt hatte, unter ausdrücklicher Zustimmung des Gensen die an die Ordre seiner Firma lautenden Connossemente derselben übersandte, um die Waaren in Montevideo landen und dort zur Verfügung des Klägers halten zu lassen, auch wenn Gensen nicht legitimirt gewesen sein sollte, Namens der Kläger ihn hierzu zu autorisiren, sich doch nicht in der Weise präjudicirt haben würde, daß Kläger ohne Rücksicht darauf, ob sie die ihnen obliegenden Verpflichtungen in Bezug auf die Lieferung der Waare erfüllt haben, die Zahlung des Facturabetrages von dem Beklagten beanspruchen könnten;

da vielmehr, wenn Gensen nicht legitimirt gewesen sein sollte, Namens der Kläger in die Uebersendung der Connossemente zu consentiren, und andererseits Beklagter mit Recht den Klägern die Waaren zur Disposition gestellt hatte, Kläger den Beklagten nur für den Schaden würden verantwortlich machen können, den die Uebersendung der Connossemente nach Montevideo ihnen verursacht hätte;

da es auch ganz irrelevant ist, ob Beklagter — wie m. n. Kläger behauptet — lediglich deshalb, um die Waaren in Consignation zu erhalten, sich geweigert habe, dieselben als für Rechnung seiner Firma verladen gelten zu lassen, indem, wenn dieses der Fall gewesen sein sollte, immer nur die Thatsache, daß Beklagter unberechtigter Weise die Erfüllung seiner contractlichen Verpflichtungen verweigert hätte, in Betracht kommen könnte, ohne daß es auch noch auf das Motiv ankäme, welches den Beklagten zu dieser Weigerung veranlaßte;

da hiernach Kläger ihren Anspruch nur darauf gründen können, daß sie die ihnen hinsichtlich der Lieferung der Waare contractlich obliegenden Verpflichtungen erfüllt haben, das Gegentheil hiervon aber, wenn den bezüglichen Aeußerungen Gensen's in dessen Briefen eine weitere Bedeutung, als oben angenommen worden, nicht beizulegen ist, keineswegs schon jetzt als erwiesen zu betrachten sein würde, und zwar deshalb nicht:

weil erstens nicht ohne Weiteres angenommen werden könnte, daß die Waare zu spät geliefert sei, vielmehr, wenn die Darstellung der Kläger begründet sein sollte, nach welcher die in Oktober zu liefernde Waare vor dem Ablaufe dieses Monats zur Verladung bereit gelegen hätte, die Verschiffung aber ohne Schuld der Kläger verzögert worden sei, die letzteren ein Vorwurf in dieser Beziehung nicht treffen würde, ganz abgesehen von der Frage, ob Beklagte in Folge einer jeden Verspätung der Lieferung ohne Weiteres für berechtigt gehalten werden müßte, von dem Handel zurückzutreten,

weil zweitens, wenn dem Beklagten die Proben zu spät geliefert sein sollten, doch bisher noch nicht nachgewiesen sein würde, daß Beklagter ein solches Interesse an dem rechtzeitigen Eintreffen der Proben hatte, daß er auch aus diesem Grunde sich von dem Geschäfte lossagen durfte,

weil drittens dafür, daß die Waaren den Bestellungsmustern und dem sonstigen Inhalt der beklagtischen Ordre nicht entsprochen habe, nicht das Geringste vorliegt;

da wenn hiernach die Klage, insoweit dieselbe sich darauf gründet, daß Kläger die Waare der beklagtischen Ordre gemäß geliefert haben, nicht ohne Weiteres als unbegründet betrachtet werden kann, dem Beklagten vor der Entscheidung über

diesen Klagegrund den obigen Ausführungen zufolge noch eine Vervollständigung seiner Exceptionen nachzulassen ist:

daß die Klage, insoweit dieselbe sich darauf gründet, daß die von den Klägern an die beklagtische Firma in Montevideo verladenen Waaren als in London empfangen anzusehen seien, sowie darauf, daß Beklagter über die Connossements verfügt habe, abzuweisen, im Uebrigen aber Beklagter vorgängig in nächster Audienz und zwar s. p. contumaciae seine Exceptionen insofern er eine Ergänzung derselben annoch für erforderlich erachten sollte, zu vervollständigen habe, worauf sodann weiter was Rechtens erkannt werden soll.

Niedergericht.

No. 26.

Der Landvogt und die Höftleute zu Billwärder, als Bevollmächtigte der Interessenten des Deichs und der Landstraße in Billwärder an der Bille (Dr. Bandmann) gegen die Finanz-Deputation (Dr. Löhr.)

Die Kläger führen aus: Der Billwärder-Deich an der Bille sei von jeher Eigenthum der anwohnenden Grundbesitzer gewesen, welche den Deich und die über denselben führende Landstraße zu unterhalten gehabt hätten, wogegen die über die Bille führenden Brücken von der Landschaft Billwärder unterhalten worden seien. Im Jahre 1838 habe nun Dänemark die nach Bergedorf führende Landstraße über Schiffbeck und Steinbeck mit so hohen Durchgangsabgaben belastet, daß sich für den Hamburgischen Staat die Nothwendigkeit herausgestellt habe, eine andere Landstraße nach Bergedorf zu errichten. Der einzige Weg zu einer solchen sei nun die Straße über den Billwärder Deich gewesen, welcher bis dahin von schwerem Fuhrwerk nicht passirt werden durfte. Der Hamburgische Staat sei darauf mit der Landschaft Billwärder, den Interessenten des Deichs und der Straße dahin übereingekommen, daß jener Weg als Landstraße zu benutzen sei, wogegen der Staat die Unterhaltung desselben übernahm. Laut Protocolles der Landherrschaft der Marschlande vom 12. December 1838 sei abseiten des Landherrn den Landesvorstehern diese Verpflichtung des Staates eröffnet und dabei besonders hinzugefügt worden, daß die ganze Wegstrecke, so wie sonstige Beschädigung von Sielen aus dem aerario publico wiederhergestellt werden solle, nachdem die Straße durch Billwärder nicht mehr zur Fahrstraße benutzt werden würde. Seitdem sei nun 22 Jahre hindurch diese Landstraße stets vom Staate unterhalten worden und sei dabei den Interessenten die Ausübung ihres Eigenthums an dem Grund und Boden durchaus verwehrt worden, indem ihnen jede Verfügung über denselben untersagt worden sei. Im Jahre 1860 aber habe die Bau-Deputation plötzlich die Landstraße derelinquirt, die Unterhaltung derselben aufgegeben, so daß mehrere Siele daselbst eingestürzt, das Straßenpflaster zerfallen und die Benutzung der Straße vollständig gehemmt sei. Es sei nun aber der Staat vor einer Entscheidung darüber, ob er schuldig sei, auf Grund des 22jährigen Zustandes die Straße ferner zu unterhalten, oder ob er dieselbe in ordnungsmäßigem früheren Zustande den Eigenthümern zurückzugeben habe, jedenfalls für jetzt zur einstweiligen Unterhaltung der Straße verpflichtet, und zwar sowohl auf Grund seines jüngsten Besitzes, als weil jeder Staatsangehörige solche Unterhaltung der Landstraßen beanspruchen könne, als auch auf Grund des oben erwähnten Protokolles vom December 1838. Demgemäß beantragen die Kläger beim Niedergericht — da Vorstellungen bei der Behörde fruchtlos geblieben — die Finanz-Deputation zur Unterhaltung der erwähnten Landstraße zu verurtheilen.

Die Beklagte wendet ein: Das Bedürfniß einer Benutzung der in Rede stehenden Straße sei für den Staat längst weggefallen, seitdem eine Eisenbahn nach Bergedorf errichtet worden, wie auch schon durch die veränderte Holstein-Lauenburgische Zollgesetzgebung die Bedeutung des Weges für den Frachtverkehr verschwunden sei. Nichts destoweniger sei der Staat bis jetzt stets großmüthig genug gewesen, die Straße für einen jährlichen Kostenbetrag von Ct℔ 5000. zu unterhalten, indem der Senat stets diesen Posten im Budget befürwortet habe. Als jedoch in Folge der veränderten Staatsverfassung das Budget im Jahre 1860 zuerst der Mitgenehmigung der Bürgerschaft zu unterbreiten war, habe diese die Genehmigung jener Ausgabe als überflüssig und unmotivirt verweigert und der Senat habe sich diese Streichung gefallen lassen müssen. Bei dieser Sachlage sei den Klägern nun zunächst die Einrede der mangelnden Legitimation zu opponiren, da jedenfalls nur sämmtliche Eingesessenen oder doch mindestens sämmtliche Grundeigenthümer Billwärders zu einer Klage der vorliegenden Art legitimirt sein könnten. Sodann müsse die Einrede der Incompetenz der Gerichte erhoben werden, da ein vermeintliches Recht auf Herstellung einer Straße überall nicht privatrechtlicher Natur und vor den Gerichten verfolgbar sein könne. Namentlich werde die Einrede der durch die gesetzgebende Gewalt entschiedenen Sache der Klage entgegenstehen, denn die Gerichte könnten nicht in der Lage sein, gegen einen Ausspruch der höchsten Staatsgewalt zu entscheiden.

Nur eventuell auf die Sache selbst eingehend, bemerkt Beklagte, daß der klägerische Anspruch selbst vollständig unberechtigt sei. Insofern Kläger ihren Anspruch auf einen jüngsten Besitz der Beklagten stützen wollen, liege es auf der Hand, daß ein solcher wohl Rechte, aber niemals Verpflichtungen hervorrufen könnte. Ein civilrechtlich verfolgbares Recht der Staatsangehörigen auf Herstellung und Unterhaltung einer Straße sei aber eben so wenig vorhanden, die Pflicht des Staates zur Unterhaltung öffentlicher Wege sei überall nicht privatrechtlicher Natur. Auch das Protocoll vom 12. December 1838 könne die vorliegende Klage nicht substantiiren. Zunächst habe dieses Pro-

tocoll nur einen obrigkeitlichen Erlaß, nicht aber einen Vergleich enthalten und könne somit vielleicht zu einer Beschwerde, nicht aber zu einem Civilanspruche berechtigen. Namentlich aber könne aus demselben in keinem Falle mehr deducirt werden, als eine Verpflichtung des Staates zur Wiederherstellung der Straße in den Zustand vor 1838. Darauf aber hätten Kläger absichtlich einen Anspruch hier nicht erhoben, indem der jetzige Zustand der Straße noch immer ein viel besserer sei, als derjenige vor 1838. Für die hier erhobene Klage auf Unterhaltung der Straße lasse sich dagegen in dem Protocolle nicht der mindeste Anhaltspunkt finden.

Kläger bringen replicando eine Vollmacht sämmtlicher Grundeigenthümer zu Billwärder bei.

Erkannt:

Es ist unter den Parteien unbestritten, daß die Fahrstraße auf dem Deiche in Billwärder a. d. Bille bis zum Jahre 1838 ein Communalweg der Landschaft gewesen, dessen Unterhaltung den Grundeigenthümern in Billwärder auf den zu ihren respectiven Grundstücken gehörenden Deichstrecken oblag und dessen Benutzung durch Post- und Frachtwagen untersagt war;

(cf. Mandat vom 12. August 1746 und später renovirt.)

Im Jahre 1838 hat der Staat, um mit Vermeidung des holsteinischen Gebiets eine directe Verbindung zwischen Bergedorf und dem letzten Heller herzustellen, die Straße durch Billwärder dem allgemeinen Verkehr eröffnet und ihre Benutzung durch Frachtfuhren und Posten gestattet, nachdem die nöthigen Ausbesserungen und Aptirung von geeigneten Plätzen zum Ausbiegen durch die Bau-Deputation beschafft worden. — Ausweise Extractes aus dem außergerichtlichen Protocoll der Landherrnschaft der Marschlande (Anl. 2) hat der Landherr am 12. December 1838 dem Landvogt und den Höfleuten von Billwärder die betreffenden Verfügungen und Anordnungen des Senats bekannt gemacht, und im speciellen Auftrage desselben zur Beruhigung der Landschaft hinzugefügt, daß nicht nur alle aus jenen Anordnungen erwachsenden Ausgaben und Kosten vom Staate bestritten werden und dem Lande nicht zur Last fallen, sondern daß auch die ganze Wegestrecke, sowie sonstige Beschädigung an Sielen u. sw. ex aerario publico in statum quo wie damals befindlich wieder hergestellt werden solle, nachdem die Straße nicht mehr durch Frachtfuhren und Posten benutzt werden würde,

die Kläger verlangen jetzt vom Staate auf Grund dieser Zusage die einstweilige fernere Unterhaltung der gedachten Landstraße und der dieselbe durchschneidenden Siele, nachdem Ende v. J., bis wohin die Unterhaltung vom Staate beschafft worden, die dafür angestellten Arbeiter zurückgezogen sind;

und

die Beklagte bestreitet vor der hauptsächlichen Einlassung 1) die Legitimation der Kläger und 2) die Competenz der Gerichte.

Ad 1) Die Kläger treten als Bevollmächtigte von Eigenthümern deichpflichtiger Grundstücke auf, denen — abgesehen von den abseiten des Staates im Jahre 1838 etwa übernommenen Verpflichtungen — die Unterhaltung des Deiches und der Landstraße in Billwärder auf den zu ihren resp. Grundstücken gehörigen Deichstrecken obliegt. — Sie haben respective ihre Mandanten in ihrer Eigenschaft und sich als deren Bevollmächtigte auf landesübliche Weise nothdürftig legitimirt und beklagtischerseits ist dupl. die Legitimation der Kläger in dieser Beziehung nicht mehr beanstandet worden. Auch die Behauptung der m. n. Kläger, sämmtliche zur Unterhaltung der Landstraße pflichtige Grundeigenthümer zu vertreten, ist unbestritten geblieben. Dagegen widerspricht die Beklagte der allerdings vorliegenden subjectiven Klagenhäufung, dieser Widerspruch kann jedoch keine Berücksichtigung finden, da sämmtliche Kläger ihren Anspruch auf denselben rechtlichen und factischen Klagegrund stützen und sich zu derselben Klagbitte vereinigen.

Ad 2) dafür, daß die Gerichte zur Entscheidung dieser Sache nicht zuständig seien, macht die beklagtische Behörde zwei Gründe geltend:

a) weil der klagend erhobene Anspruch auf Unterhaltung der Landstraße nicht privatrechtlicher, sondern staatsrechtlicher Natur sei. Allein es handelt sich hier nicht um die dem Staate als solchem obliegende Fürsorge für die Unterhaltung öffentlicher Straßen, sondern um die Erfüllung einer, nach klägerischer Aufstellung contractlich übernommenen Verpflichtung, worüber zu entscheiden die Gerichte unzweifelhaft competent sind;

b) weil durch die bei Feststellung des Budgets geschehene Streichung der im Budgetentwurf des Staatshaushalts für das gegenwärtige Jahr ausgeworfenen Kosten für die Unterhaltung der in Rede stehenden Landstraße von Rath und Bürgerschaft beschlossen sei, daß diese Landstraße nicht länger aus öffentlichen Mitteln unterhalten werden solle und die durch einen Beschluß der gesetzgebenden Gewalt erledigte Frage nicht aufs Neue der Entscheidung der Gerichte unterbreitet werden dürfe. Allein nur solche Beschlüsse der gesetzgebenden Gewalt sind für die Rechtsprechung der Gerichte verbindlich, welche in der Form von Gesetzen publicirt worden und wenn ein den Streitgegenstand regulirendes Gesetz vorläge — was nicht der Fall — so könnte es möglicherweise zur Abweisung der Klage aber nicht zur Incompetenzerklärung der Gerichte führen.

Es ist daher weiter auf den Inhalt der Klage selbst einzugehen. Die Vertheidigung der beklagtischen Behörde gegen denselben bestreitet 1) daß der Staat in dem Protoc. vom 12. Dezbr. 1838

eine contractliche Verpflichtung übernommen habe, sowie event. 2) daß den Klägern ein Klagerecht daraus zustehe und 3) daß sie zu der gestellten Klagebitte berechtigt seien.

Ad 1) daß der Staat im Prot. vom 12. Dezbr. 1838 eine contractliche Verpflichtung übernommen habe, kann keinem Zweifel unterliegen, wenngleich dieselbe nicht in die Form eines Vertrages gekleidet worden. Die Regierung erklärt durch ihr competentes Organ, eine Straße, die bisher ein von den betreffenden Grundeigenthümern zu unterhaltender Communalweg gewesen als öffentliche Straße in Anspruch zu nehmen und ertheilt dagegen den Betheiligten gewisse Zusagen, diese Zusagen haben den Character einer contractlichen Verpflichtung, ihr Inhalt ist die Gegenleistung gegen die von denjenigen, denen sie ertheilt worden, dem Staate stillschweigend und thatsächlich überlassene Benutzung der freien Landstraße.

Ad 2) der andere Contrahent bei diesem Vertrage ist die Landschaft Billwärder, deren rechtlichen Vertretern Landvogt und Höftleuten ausweise des Protoc. vom 12. Dezember 1838 die betreffende Zusage des Staates ertheilt wurde und welche auch allein — wenngleich nur unter Berücksichtigung der Rechte der betheiligten Grundeigenthümer über die in Rede stehende Fahrstraße als einen Communalweg zu verfügen berechtigt war. Wenn aber auch somit die Landschaft als die aus dem streitigen Vertrage zunächst Berechtigte erscheint, so kann doch auch den Klägern ein Klagerecht aus denselben nicht abgesprochen werden, da sie die eigentlichen Betheiligten sind und daher mindestens aus abgeleitetem Rechte würden klagen können, um so mehr die in dem Protoc. enthaltenen Zusagen als auch ihnen gegeben gelten dürfen, indem der Landherr die Höftleute ausdrücklich ermächtigt und aufgefordert hat, sie in den einzelnen Quartieren bekannt zu machen. Vollends aber kann die Geltendmachung der aus dem Protoc. abzuleitenden Ansprüche durch die Kläger in der hier geschehenden Weise keinem Bedenken unterliegen, weil die Bevollmächtigten der Kläger geradezu die rechtlichen Vertreter der Landschaft sind, diese Geltendmachung also jedenfalls mit Wissen und Willen der Landschaft geschieht.

Ad 3) der Inhalt der vom Staate im Protoc. vom 12. Dezember 1838 übernommenen Verpflichtung besteht darin, daß die aus der Einrichtung und Unterhaltung der Straße erwachsenden Kosten vom Staate getragen werden sollen, und daß nachdem die Straße nicht mehr durch Frachtfuhren und Posten benutzt werden wird, alle Beschädigungen namentlich die an Sielen wieder hergestellt und die Straße in statum quo ante gesetzt werden solle, wenn hierin auch nicht eine directe Verpflichtung zur Unterhaltung der Straße übernommen ist, so liegt doch unverkennbar in der Erklärung des Staats, die erforderlichen Aenderungen getroffen zu haben, daß die Straße in fahrbarem Stande unterhalten werde und in der damit verknüpften Zusage, die Kosten der Unterhaltung tragen zu wollen, zugleich auch die selbstverständliche Verpflichtung, die Unterhaltung zu beschaffen. Unterbleibt die Unterhaltung abseiten des Staates, so würde die Landschaft sie beschaffen müssen und für die auf die Anordnung des Staates durch Frachtfuhren und Posten belastete Straße der ausdrücklichen Zusage zuwider, einen vermehrten Kostenaufwand zu bestreiten haben, daß aber die Straße durch Billwärder noch durch Frachtfuhren und überhaupt als öffentliche Straße benutzt wird, ist abseiten der Beklagten nicht bestritten. Daher kann es auch nicht auf die expiendo angedeutete und dupl. mit Bestimmtheit aufgestellte Behauptung ankommen, daß der Staat die Wiederherstellung der Straße in den früheren Zustand wiederholt angeboten, soche Wiederherstellung aber von der Landschaft abgelehnt worden, denn diese Wiederherstellung des status quo ante kommt erst dann in Frage, sobald die Benutzung der Straße durch Frachtfuhren und Posten durch geeignete Verfügungen wieder inhibirt worden ist, so lange aber die Straße als eine öffentliche Landstraße der allgemeinen Benutzung offen steht, dauerte auch die Unterhaltungspflicht des Staates fort. Zwar scheint s. Z. die Freigebung der Straße zur Benutzung für Frachtfuhren und Posten nicht durch eine förmliche Bekanntmachung zur öffentlichen Kunde gebracht zu sein, darauf kann indessen nichts ankommen, da die alten, solche Benutzung untersagenden Mandate jedenfalls thatsächlich außer Kraft gesetzt und auch durch die Gesetzgebung wenigstens beiläufig und indirect, jene früher verpoent gewesene Benutzung gestattet worden ist,

> cf. Verordnung vom 10. Dezember 1838 über Extraposten § 2 (verbis durch Billwärder) und Bekanntmachung des Landherrn vom 26. März 1839 betreffend das Fahren auf dem Deiche zu Billwärder a. d. Bille.

Aus vorstehenden Erwägungen erkennt das Niedergericht:

> daß die Beklagte schuldig sei, die Landstraße durch Billwärder von der Blauen-Brücke bis zum Heckkathen einschließlich der Siele einstweilen zu unterhalten, auch den Klägern die Proceßkosten zu erstatten habe.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 26.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 51. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. Hamburg, den 20. December. Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Köster c. Darte. — Dr. Wolffson c. Lohmann. — Geffers c. Sass. — Niedergericht: Richter c. Polizei-Behörde.

Handelsgericht.

No. 113.

Zweite Kammer. Audienz vom 15. December 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Siemsen und Schenck.

J. H. Köster (Dr. Antoine-Feill) gegen J. Darte, als Theilhaber der Firma E. Bunge & Co. in Buenos Ayres (Dr. Sieveking).

In diesem in No. 35 der „Gerichts-Zeitung," Handelsgericht No. 75 und „Gerichts-Zeitung" No. 38, Obergericht No. 34 referirten Rechtsfalle hatte der Kläger in der Audienz vom 20. September 1862 in Gemäßheit des von uns mitgetheilten handelsgerichtlichen Erkenntnisses, welches den Personal-Arrest gegen den Beklagten vorgängig manutenirt und dem Beklagten die hauptsächliche Einlassung auf die Klage auferlegt hatte, diese Einlassung verlangt. Der Beklagte hatte erklärt, er sei nicht in der Lage, hier eine Erklärung über die Klage abgeben zu können, müsse vielmehr dem Gerichte überlassen, nach Sachlage zu erkennen. Es war darauf der Beklagte vom Gerichte seiner Einreden für verlustig erklärt und demselben eine Erklärung über den Klagegrund und namentlich über die Aechtheit der vom Kläger beigebrachten Contocurrent auferlegt worden. Der Kläger verlangt nunmehr die Abgabe dieser Erklärung.

Beklagter wendet ein: Er könne in der Sache selbst nur seine in früherer Audienz abgegebene Erklärung wiederholen. Indessen habe sich die Lage des Processes jetzt wesentlich geändert, da seine Firma in Buenos Ayres inzwischen vor dem dortigen Handelsgerichte ihre Insolvenz erklärt habe, wie solches aus zwei von ihm im Auszug producirten Briefen an die hiesigen Firmen D. F. Weber & Co. und Berenberg Goßler & Co., sowie aus einem an ihn gerichteten Schreiben des auf dem Comptoir von Bunge & Co. fungirenden G. Borey, welchem Schreiben eine Bekanntmachung des Handelsgerichtes zu Buenos Ayres angeheftet, und endlich aus einem Atteste des hiesigen Consuls der argentinischen Republik hervorgehe. Demgemäß müsse die Dispositionsfähigkeit des Beklagten für beendet angesehen werden und beantrage er, den gegen ihn verfügten Personal-Arrest nunmehr sofort, eventuell wenigstens nach seinerseits abgeleistetem Manifestationseide, zu cassiren.

Kläger entgegnet: Er müsse darauf bestehen, eine bestimmte Erklärung vom Beklagten über die Anerkennung der libellirten Schuld zu verlangen. Dem heutigen beklagtischen Antrage auf Cassation des Arrestes widerspreche er durchaus, da ihm bei nicht erfolgender

Zahlung abseiten des Beklagten jedenfalls ein Recht auf Anwendung der Art. 11 und 12 Tit. 41 P. 1 Stat. zustehe.*) Was dagegen die Berufung des Beklagten auf die Insolvenzerklärung seines Hauses in Buenos Ayres anlange, so sei diese durch die gegnerischen producta noch keineswegs festgestellt, indessen solle dieser Punkt dem Ermessen des Gerichtes überlassen bleiben. Wäre aber die Firma wirklich insolvent, so würde auch Beklagter hier keine selbstständigen Anträge mehr stellen dürfen, sondern würden solche von seinen Curatoren ausgehen müssen. Vor allen Dingen aber werde es auf jene Insolvenz aus dem Grunde nicht ankommen, weil einem Concurse in Buenos Ayres hierselbst keine Wirksamkeit beigemessen werden dürfe, so lange nicht eine Reciprocität zwischen Buenos Ayres und Hamburg in dieser Beziehung dargethan worden.

Beklagter beruft sich duplicando noch auf einige Bestimmungen des in Buenos Ayres geltenden Còdigo de Commercio.

Erkannt:

da zwar nach dem Inhalte der von dem Beklagten beigebrachten Documente es nicht wohl einem Zweifel unterliegen kann, daß über die Firma E. Bunge & Co. in Buenos Ayres, als deren Theilhaber der Beklagte von dem Kläger in Anspruch genommen wird, vor dem dortigen Handelsgericht der Concurs eröffnet worden;

da jedoch der für den Staat Buenos Ayres im Jahre 1859 publicirte Còdigo de Commercio (auf dessen Bestimmungen als das in Buenos Ayres geltende Recht Beklagter selbst sich beruft) in dem Art. 1531 vorschreibt, daß ein in einem andern Staat eröffneter Concurs weder dem Falliten die Dispositionsfähigkeit in Buenos Ayres entzieht, noch den dortigen Gläubigern das Recht nimmt, zu ihrer Befriedigung die dortigen Activa des Falliten in Anspruch zu nehmen;

da demnach, so lange nicht etwa Beklagter das Gegentheil darthut, angenommen werden muß, daß ein hiesiger durch Berufung auf sein hiesiges Fallissement sich in Buenos Ayres der Verfolgung seiner dortigen Creditoren nicht entziehen könne, und in Folge hiervon auch dem Beklagten hierorts nicht verstattet werden kann, sich auf den in Buenos Ayres eröffneten Concurs seinem hiesigen Gläubiger gegenüber zu berufen;

da ferner auch der in Buenos Ayres erfolgten Concurseröffnung eine weitere Bedeutung hierorts nicht beigelegt werden könnte, als sie nach dem dortigen Recht hat, und demzufolge es auch in Betracht kommen müßte, daß nach den Vorschriften des angeführten Gesetzbuchs (vgl. Art. 1549 und 1562) ein Fallit nur dann, wenn derselbe eine angemessene Caution bestellt, während der Dauer des Concursverfahrens von der Personalhaft befreit ist,

da somit dem Antrage des Beklagten auf Aufhebung des gegen denselben verfügten Personalarrestes jedenfalls zur Zeit keine Folge gegeben werden kann:

daß Beklagter nunmehr in nächster Audienz dem Erkenntniß vom 20. Septbr. d. J. und zwar unter dem in diesem Erkenntnisse angedroheten Präjudiz Folge zu leisten habe.

*) Diese Artikel statuiren das Recht des Gläubigers, seinen insolventen Schuldner in Personal-Arrest auf dem Winserbaum zu halten, und zwar ein Jahr für jede tausend Mark Lübisch der Schuld.

No. 114.

Zweite Kammer. Audienz vom 11. Octbr. 1862. Präses: Herr Dr. Lehmann; Richter: die Herren Krönig und Schenck.

Dr. Wolfsson mand. noie. J. H. Stametz & Co. in Wien gegen F. W. Lohmann (Dr. Wex), sowie Letzterer, als Litisdenunciant, gegen F. Wipperfürth in Cöln modo Dr. Malm, als Litisdenunciaten.

Die Kläger behaupten: Sie haben bedeutende Waffenpartieen an F. Wipperfürth in Cöln verkauft und diesem sei wiederum ein Theil derselben vom Beklagten kaufweise abgenommen worden. Im Mai des Jahres schuldete Beklagter 8854 ℛ︀ 17 Sgr. an Wipperfürth für gekaufte Zündschloßgewehre, welche Wipperfürth selbst von den Klägern erhalten hatte. Durch Brief vom 31. Mai zeigte nun Beklagter den Klägern an, daß er Wipperfürth jene Summe schulde, daß dieser sie zu ihrer (der Kläger) Verfügung gestellt hätte und

er sie deshalb in vierzehn Tagen nach Wien remittiren werde. Durch Brief vom 5. Juni ward die Anzeige sowie das Versprechen von den Klägern acceptirt. Am 14. Juni erinnerten dieselben den Beklagten brieflich, daß die vierzehn Tage, innerhalb welcher er remittiren wollte, nunmehr vorüber seien. Allein diese sowie eine spätere Mahnung vom 21. eiusdem blieb ohne Antwort. Erst auf wiederholtes Andringen sandte Beklagter am 6. Juli folgende telegraphische Nachricht und Anfrage an die Kläger: „Als Dienstag Rimesse an Sie abgesandt, beorderte Wipperfürth Mittwoch, diesen Brief telegraphisch vom Wiener Postamt zu reclamiren. Heute telegraphirt Wipperfürth, Rimesse nach Cöln abzusenden, weil er Ihnen diesen Posten baar bezahlt. Was soll ich thun? Drathantwort.“ — Kläger telegraphirten hierauf zurück: Wir protestiren gegen die Uebermachung nach Cöln, erwarten laut Ihrem Brief vom 31. Mai 8800 ℛ hieher. — Da Beklagter auch seitdem nicht bezahlt hat, so bitten nunmehr Kläger um Verurtheilung desselben in 8854 ℛ 17 Sgr. sammt Zinsen und Kosten.

Beklagter bezieht sich zunächst auf seine Litisdenunciation an Wipperfürth, worauf dessen Bevollmächtigter erklärt, er wolle dem Beklagten nur insoweit in diesem Rechtsstreite beistehen, als er ihn hierdurch ermächtige, die streitige Summe an den Kläger auszuzahlen; im Uebrigen bemerke er, daß er dieselbe vom Litisdenuncianten nicht erhalten habe. Beklagter behauptet sodann, daß gegen ihn zwischen dem Kläger und dem Litisdenunciaten ein Complott bestehe. Die Sachlage sei nämlich die, daß sowohl zwischen Stametz und Wipperfürth einerseits, als zwischen diesem und dem Beklagten andererseits bedeutende Geschäfte gemacht und in Folge derselben Differenzen ausgebrochen seien. Ein Theil der Forderungen, welche Stametz gegen Wipperfürth hatten, sei von diesem bestritten gewesen; während gleichzeitig Wipperfürth und der Beklagte wegen des zwischen ihnen bestehenden Rechnungsverhältnisses processirt hätten. Nun hätten Stametz und Wipperfürth folgende Verabredung gegen den Beklagten getroffen. Wipperfürth sollte einen Saldo von circa 8000 ℛ, der ihm vorläufig nach Lage seines Contocourantverhältnisses mit dem Beklagten von diesem zukam, den klägerischen Mandanten, wie geschehen, zuweisen. Letztere sollten denselben eincassiren und von Wipperfürth's Schuld abziehen; dieser habe sich dabei verpflichtet, von seinen Monituren gegen dieselbe abzustehen. Weiter sei der Plan dann folgendermaßen gewesen. Nachdem Wipperfürth einen Theil seiner Schuld bei Stametz & Co. durch die dem Beklagten aufgetragene Zahlung getilgt, von seinen Monituren gegen die Höhe der Schuld dagegen abgestanden haben würde, habe Wipperfürth bei fortschreitender Abwickelung seines Verhältnisses mit dem Beklagten plötzlich Forderungen des Letzteren, die bisher unbestritten gewesen, in Abrede stellen und dadurch sich denselben entziehen oder doch Zeit gewinnen wollen. Ueber diesen ganzen Plan, den Beklagte zu erweisen bereit sei, existire ein Brief Wipperfürth's an Stametz & Co. und werde zunächst Edition desselben verlangt. Sodann weist Beklagter auf die Aktenstücke hin, aus denen hervorgehe, daß er bereit gewesen, den übernommenen Zahlungsauftrag zu erfüllen, daß die Rimesse schon in Wien gewesen sei und daß sie nur, auf Wipperfürth's Anzeige an den Beklagten, daß er Stametz & Co. die alte Schuld bezahlt habe, zurückbeordert sei. Wenn jene Angabe Wipperfürth's nicht eine frivole Lüge gewesen sei, so hätten mand. noie. Kläger offenbar kein Klagerecht; und werde die Richtigkeit der Wipperfürth'schen Angabe eventuell behauptet. Außerdem bezieht Beklagter sich auf eine Quittung, nach welcher er an Wipperfürth wirklich 8000 ℛ gezahlt habe. Ferner sei es klar, daß das hier unter den Parteien bestehende Rechtsverhältniß nur als Assignation aufgefaßt werden könnte. Beklagter habe von Wipperfürth den Auftrag erhalten, an Stametz & Co. zu zahlen, wovon er Letzteren Anzeige gemacht, daß er gegen denselben eine selbstständige Verpflichtung übernommen, davon finde sich nirgend eine Spur. Als daher Wipperfürth seinen Auftrag an den Beklagten widerrufen hatte und die Rimesse von Wien zurückgekommen war, sei vollständig res integra hergestellt worden. Weder Wipperfürth noch Stametz könnten jetzt nach gänzlich erledigter Sache gegen den Beklagten auftreten; die Letzteren nicht, weil nur die wirkliche Zahlung ihnen Rechte hätten verleihen können. Jeder Gedanke an eine Delegation sei schon deshalb ausgeschlossen, weil Wipperfürth den Stametz niemals beauftragt habe, die Zahlung in Empfang zu nehmen. Er beziehe sich überhaupt für das Rechtsverhältniß auf Heise und Cropp II. S. 353 ff. et ibi cit. in note 19, ferner

auf Arndts Pandecten, S. 434 et ibi cit. Kläger hätten nach allem Vorgebrachten kein Klagrecht, einmal, weil hier nur eine Assignation vorliege, sodann, weil ihre Forderung vollständig von Wipperfürth bezahlt sei. Außerdem stehe ihnen die exc. doli entgegen. Schließlich bemerkt Beklagter noch gegen den Litisdenunciaten, daß die Erklärung desselben zeige, wie wirklich ein Complott zwischen Wipperfürth und Stametz existire. Er habe gegen die Entlassung des Ersteren aus dem Processe keine Einwendungen zu machen und reservire sich alle Regreßansprüche gegen ihn.

Litisdenunciant inhärirt darauf seinen Antrag, aus dem Streite entlassen zu werden.

Die Kläger entgegnen: Es kämen für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses drei Momente in Betracht. 1) Der Auftrag Wipperfürth's an den Beklagten, an Stametz zu zahlen; 2) der Auftrag Wipperfürth's an Stametz, diese Zahlung in Empfang zu nehmen; 3) das Verhältniß zwischen Stametz und dem Beklagten. Es möge nun sein, daß aus den Momenten 1 und 2 ein Rechtsverhältniß zwischen Stametz und dem Beklagten noch nicht folge, jedenfalls aber sei ein solches zur Entstehung gekommen, sobald Lohmann das Versprechen geleistet habe, an Stametz zu zahlen; gerade so wie für den Trassaten eine selbstständige Verpflichtung gegenüber dem Remittenten entstehe, sobald er acceptire. Lohmann habe aber ausweise der Acten Stametz gegenüber unzweifelhaft Zahlung zu leisten versprochen. Sei dies der Fall, so gehe es die Kläger nicht mehr an, was Beklagter und Wipperfürth später betreffs der Zahlung und Nichtzahlung etwa vereinbart hätten; wollte man etwas Anderes annehmen, so sei damit das ganze Institut der bestätigten Credite aufgehoben. Der Wille des Beklagten, zu zahlen, sei nur sehr schwach bethätigt worden, denn die nach Wien gesandte (später reclamirte) s. g. Rimesse habe in Accepten des Beklagten selbst bestanden. Habe Beklagter, was übrigens geleugnet werde, an Wipperfürth gezahlt, so habe er das für seine Rechnung gethan. Die producirte Quittung, über die man sich nicht erkläre, beziehe sich jedenfalls auf etwas Anderes, da Beklagter mehrere Tage nach Ausstellung derselben schreibe, er werde nicht an Wipperfürth zahlen. Wenn endlich heute Wipperfürth seinen Widerspruch dagegen, daß Beklagter an Stametz zahle, zurückgezogen habe, so sei damit Jenem alle gegründete Weigerung unmöglich gemacht. Die Einrede des dolus sei so, wie sie vorgebracht, unverständlich und jedenfalls illiquide; er bitte daher um Abweisung derselben, eventuell Verweisung ad separatum, schlimmsten Falls unter Verurtheilung des Beklagten zur Deposition —, ad reconventionem zu verfügen.

Beklagter bemerkt, der Gegner suche vergebens die von Tropp scharf umschriebenen Grenzen zwischen Assignation und Delegation zu verwischen. Zur Annahme der Letzteren könne man schon deshalb hier nicht gelangen, weil jeder Auftrag Wipperfürth's an Stametz, die Zahlung in Empfang zu nehmen, mangele.

Erkannt:

da erstens in Frage steht, ob der beklagtische Brief, Anl. 1, unter die Ausführung von Tropp juristische Abhandlung, Bd. 2., Ansprüche des Inhabers 2c., S. 354 und 355 zu subsummiren ist, wornach Erklärungen, die ein Beauftragter einem Dritten dahin giebt, daß er einen Auftrag erhalten habe und ihn seiner Zeit ausführen wolle, deshalb nicht als die Uebernahme einer selbstständigen Verpflichtung gegen diesen Dritten angesehen werden dürfen, weil nicht anzunehmen ist, daß der Mandatar aus den Grenzen des ihm gewordenen Auftrages heraustreten wolle, so daß der durch die Anl. C beorderte und laut Anl. D ausgeführte Widerruf den Beklagten von aller Verantwortlichkeit gegen die Kläger entfreie;

oder ob den Klägern darin beizupflichten, daß, wenn auch das gemeine Recht es in der Regel für eine Ueberschreitung des Auftrages erkläre, wenn derjenige, welcher zur Zahlung an einen Dritten beauftragt war, sich dem Dritten selbst verpflichtet, doch in der Anl. 1 der Beklagte sich selbstständig gegen die Kläger verpflichtet habe, eine Verbindlichkeit, die überdies in Anl. 2 von den Klägern acceptirt worden: so daß hier der Mandatar, welcher dem Dritten selbstständig expromittirte, auch dadurch direct dem Dritten verhaftet wird;

l. 7 C de nov. 8. 42,

und wenn er auf Grund dieser Verbindlichkeit zu zahlen gezwungen wird, wiederum nur — zum Regreß gegen den Mandanten berechtigt sei.

l. 45, § 4, D. mandati (17, 1)
Cropp l. c. Note 24,

da nun bei Entscheidung dieser Frage der klägerischen Auffassung beizutreten ist, weil in dem Satze:

„es ergiebt sich ein Saldo von Pr. Crt. ℞ 8854 17. zu Gunsten des Herrn Wipperfürth, welchen Betrag derselbe zu Ihrer Verfügung stellte und werde Ihnen diesen Betrag in ca. 14 Tagen remittiren“ (Anl. 1);

die letztgedachten Worte „und werde“ ꝛc. nicht blos eine Folge des vorhergehenden Satzes sind, sondern durch ihre präcise Zeitbestimmung den Willen, eine Verpflichtung gegen die Kläger zu übernehmen, welche mit Absendung der Anl. 1 nicht mehr widerruflich sei, kennzeichen; indem sich dies weiter daraus ergiebt, daß der den Klägern zur Verfügung gestellte Betrag, als die Anl. 1 geschrieben ward, ausweise ihrer Fassung bereits fällig war und der Beklagte sich zur Zahlung nur eine willkürliche Frist nahm;

weil ferner im Zweifel gegen den, der die Worte selbst gewählt hat, deren Sinn ausgelegt werden soll, zu entscheiden ist, der Beklagte aber die Anzeige des erhaltenen Auftrages, in Bezug auf welchen er nur die Stellung eines Beauftragten einehme, mit Leichtigkeit anders hätte ausdrücken können;

weil endlich der Beklagte aus der Anl. 2 ersah, daß Kläger die Anl. 1 als eine den Beklagten selbst verbindende auffaßten, und er dieser Auffassung in keiner Weise entgegentrat, vielmehr nach Revocation der Wipperfürth'schen Verfügung sich verpflichtet erachtete, bei den Klägern anzufragen (Anl. 4), was er thun solle, welche Frage ohne Annahme einer beklagtischen eigenen Verbindlichkeit keinen Grund haben würde;

da zweitens in Frage steht, ob die angeblich von Wipperfürth den Klägern geleistete Zahlung denselben vom Beklagten opponirt werden kann;

da, wenn der zur Zahlung für den Mandanten Beauftragte dem Dritten eine Expromission macht, er an sich aus diesem Versprechen selbstständig verhaftet ist, und es für ihn gleichgültig erscheint, ob die Veranlassung zur Delegation für seinen Mandanten darin bestand, daß dieser der Schuldner des Delegatars war, oder daß er dem Dritten Credit gewähren wollte, oder ein sonstiges obligatorisches Verhältniß zwischen diesen Personen bestand oder eintreten sollte, cf. Cropp l. c. No. 13,

da aber der Schuldner auch dann befreit wird, wenn die Zahlung nicht von ihm geleistet wird, sofern nur an den Gläubiger die Leistung dessen, was geschuldet wird, in dieser Absicht erfolgt, der Expromittent also auch dann von seinem Versprechen liberirt anzusehen ist, wenn seinem Gläuger der Gegenstand des Versprechens mit der Absicht, dieses zu erfüllen, von einem Dritten berichtigt wird, oder doch sofern einer Delegation ein Schuldverhältniß zu Grunde liegt, wenn diese bestimmte Schuld dem Gläubiger, namentlich nachträglich von dem Deleganten selbst entrichtet wird;

da also, wenn Wipperfürth den Saldo der Gewehrlieferung von Pr. Crt. ℞ 8854. 17. welche er laut Anl. 1 den Klägern durch Lohmann zur Verfügung gestellt und welche concrete Schuld laut Anl. 2 die Kläger von dem Beklagten gewärtigten, ihnen nachher bezahlte, auch der Beklagte durch solche Zahlung von seiner Expromission in Anl. 1 liberirt sein würde;

da aber freilich die Anl. E eine solche Zahlung den Klägern gegenüber ebensowenig beweist, wie die Erklärung des Litisdenunciaten das Gegentheil für diesen Proceß beweisen kann;

da vielmehr solche Behauptung völlig illiquide ist und nur den auswärtigen Klägern gegenüber nicht zu abgesondertem Verfahren verwiesen werden darf, sondern unter Deposition der libellirten Summe dem Beklagten der Beweis seiner Behauptung nachgelassen werden muß, während ersichtlich die Zahlung, welche laut Anl. F vom Beklagten an Wipperfürth geleistet ist, weder den Beklagten von seinem den Klägern gegebenen Versprechen befreien kann, noch selbst nach Inhalt der Anl. 6, welche von späterem Datum als die Anl. F ist, diese Quittung sich auf die ohnehin andere Summe der Anl. 1 und 2 beziehen dürfte;

da drittens die Einrede des dolus maaßen sie vorgebracht wurde, nicht eine exceptio doli generalis, sondern eine specielle arglistige Handlung der Kläger gegen den Beklagten behaupten will, wenn sie dahin gefaßt ist, daß nach Ueber-

einkunft zwischen Stametz und Wipperfürth dem Beklagten die Anlage 1 abgelockt sei, um, nachdem Solches geschehen (der Beklagte also zu einer Zahlung sich verpflichtet hatte) bis dahin unbestrittene Forderungen des Beklagten an Wipperfürth zu bestreiten, da aber in diesen Angaben ein dolus der Kläger gar nicht erfindlich ist, weil — wie dies auch die Anl. 1 ergiebt — ihnen gegenüber gar nicht bestritten ist, daß sie aus der Lieferung der fraglichen Gewehre die libellirte Restforderung, wenigstens zur Zeit als die Anl. 1 ausgestellt wurde, hatten, wenn sie sich also den Empfänger der Gewehre als Schuldner überweisen ließen, sie doch immer nur den Zweck hatten, ihre Forderung berichtigt zu sehen;

weil ferner gar nicht ersichtlich ist, wie Kläger dem Beklagten die Anl. 1 abgelockt, da diese selbst angiebt, daß sie eine Verfügung von Wipperfürth befolgt und vor dem Beklagten laut Anl. 7 Wipperfürth zur Auslieferung an die Kläger übergeben ist;

weil auch die beklagtischen Angaben nicht in Einklang stehen mit der Anl. C, indem nicht wohl einzusehen ist, weshalb Wipperfürth den Auftrag widerrief, da er, falls er nach übernommener Verbindlichkeit des Beklagten bis dahin unbestrittene Forderungen desselben bestreiten wollte, er dies gewiß nicht weniger konnte, wenn der Beklagte wirklich bezahlt hatte;

weil vor Allem der Beklagte durch das Verfahren der Kläger gar nicht etwa zu einer doppelten Zahlung genöthigt ist, geschweige daß es die Kläger concernirt, wenn Wipperfüth früher nicht bestrittene Forderungen nunmehr bestreitet, wie denn auch die Anl. 8, deren Edition verlangt wurde, nichts weiter ergiebt, als daß der Delegant, falls der überwiesene Schuldner nicht zahlt, seine weitere Verhaftung gegen den Delegatar anerkennt, die Einrede selbst hiernach also zu verwerfen ist:

daß Beklagter die libellirten Pr. Crt. Thlr. 8854. 17 Sgr. sammt Zinsen, vom Klagetage innerhalb 8 Tagen sub poena executionis ad depositum judiciale zu bringen schuldig und gleichzeitig den Beweis der Einrede der Zahlung dahin:

daß den Klägern der Saldo von Pr. Thlr. 8854. 17 Sgr. auf die in Anl. 1 gedachten Zünderschloßgewehre von Wipperfürth durch J. H. Stein in Cöln bezahlt worden;

vorbehältlich klägerischen Gegenbeweises, bei Verlust der Beweisführung anzutreten habe.

Und wird in der Litisdenuntiationssache dem Litisdenuntianten über die Erklärung des mandatario nomine Litisdenuntiaten — dessen Legitimation durch die beigebrachte beglaubigte Vollmacht d. d. Cöln 15. September dieses Jahres für berichtigt anzunehmen — wie solche in der Ladung vom 30. vorigen Monats enthalten ist, hiemit Acte ertheilt und Litisdenuntiat consensu partium ex lite dimittirt.

No. 115.

In Sachen F. W. C. Geffers gegen J. H. Saß (cf. No. 49 der „Gerichtsz." Handelsger. No. 109) hat in Folge des vom Kläger gegen das Erkenntniß der Zweiten Kammer eingelegten Rechtsmittels der Restitution

die Erste Kammer (Präses: Herr Dr. Albrecht, Richter: die Herren Stahmer und Durrien) am 4. December erkannt:

da nachdem Beklagter sich geweigert hatte, den Commissionsvergleich zu unterzeichnen, Kläger in seiner auf den 29. September ausgebrachten Citation die Commission als fruchtlos gehalten bezeichnet, und mittelst dieser Citation seine ursprüngliche Klage, ohne Rücksicht darauf, daß Beklagter sich zur Unterzeichnung des Commissionsvergleichs bereit erklärt hatte, fortgesetzt hat;

da somit Kläger auf das Unzweideutigste zu erkennen gegeben hat, daß er daraus, daß Beklagter sich zur Unterzeichnung des Commissions-

vergleiches bereit erklärt hatte, eine Verpflichtung des Beklagten, sei es zur Unterzeichnung dieses Vergleichs, sei es zur Zahlung des Wechsels nicht herleiten wolle, und demnach über die Klage, wie sie angebracht war, zu entscheiden stand;

da dieser Sachlage auch das abgegebene Erkenntniß vollkommen entspricht, indem in Rücksicht auf dieselbe der Umstand, daß Beklagter — und zwar nachdem er die Echtheit des eingeklagten Acceptes zuvor geprüft hatte — sich zur Unterzeichnung des Commissionsvergleiches bereit erklärte jedenfalls nur für den Beweis der Echtheit des Acceptes in Betracht kommen kann, und dem Kläger in dem angefochtenen Erkenntniß ausdrücklich vorbehalten worden, behufs der Führung des ihm in demselben auferlegten Beweises auf diese Thatsache zurückzukommen,

daß das Erkenntniß Zweiter Kammer vom 22. Novbr. d. J. unter Verurtheilung des Klägers Imploranten in die Kosten dieser Instanz lediglich zu bestätigen, und die Sache nunmehr an die Zweite Kammer zu remittiren.

Niedergericht.

No. 27.

In Sachen J. F. Richter gegen die Polizei-Behörde (cf. No. 43 und No. 46 der „Gerichts-Zeitung") hat das Niedergericht am 12. December erkannt:

Da für die Beurtheilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines eingewendeten Rechtsmittels nicht die Klagsumme, sondern die Beschwerdesumme oder — falls es sich nicht um eine bestimmte Geldsumme handelt — das Interesse des Beschwerdeführers entscheidend ist,

da es aber keinem Zweifel unterliegen kann, daß das in Geld überall nicht zu schätzende Interesse der beklagten Behörde an der Wiederaufhebung des angefochtenen Prätur-Erkenntnisses ein derartiges ist, welches nicht zu der Kategorie der kleinsten, hinsichtlich der Rechtsmittel auf das remedium coram eodem judice beschränkten Bagatellsachen beschränkt werden kann;

da auch der in dem obergerichtlichem Erkenntnisse vom 17. November d. J. ausgeführte Grund, welcher zur Zurückweisung der an das Obergericht gerichteten Supplication führen mußte, dem bei diesem Gerichte angebrachten Rechtsmittel nicht entgegensteht:

daß die Formalien des eingewendeten Rechtsmittels für salvirt zu erklären;

und in der Sache selbst:

1) die Frage betreffend, ob das in Rede stehende Verbot des Polizeiherrn vom 24. Juli d. J. als eine richterliche Entscheidung oder als eine administrative Verfügung zu betrachten sei,

da der Polizeiherr, indem er die Frage, ob das fragliche Inserat als ein erlaubtes oder unerlaubtes zu erachten sei, seiner Beurtheilung unterzog und dieselbe nach den bestehenden Gesetzen entschied, ersichtlich in seiner Eigenschaft als Strafrichter gehandelt hat, auch die endliche Entscheidung in einer von dem Polizeiherrn als Strafrichter vorgenommenen Untersuchungssache überall nicht wohl etwas Anderes als eine richterliche Entscheidung sein kann,

da hieran auch die von dem Polizeiherrn gewählte, für eine richterliche Entscheidung ungewöhnliche Form des Erkenntnisses nichts ändern kann, zumal der eigentliche Sinn und Inhalt desselben, welcher dahin geht, daß der Polizeiherr zwar das fragliche Inserat für ungesetzlich erklären, aus Rücksicht der Milde jedoch für dies Mal von einer Bestrafung des Klägers abstehen und demselben zugleich die Warnung zukommen lassen wollte, daß er ihn im Wiederholungsfalle mit einer Strafe von 5 ℛ𝓉 belegen werde, mit dem Wesen und Zweck einer richterlichen Entscheidung keineswegs im Widerspruch steht;

da somit das fragliche Erkenntniß vom 24. Juli d. J. für eine richterliche Entscheidung des Polizeiherrn erklärt werden muß, gegen welche dem Kläger, falls er dieselbe für unrichtig und ihn beschwerend erachtete, nur die Berufung an das Obergericht zustand, daher die angestellte, auf Aufhebung des Verbotes gerichtete Klage sich schon formell als gänzlich unzulässig erweist;

2) da übrigens die angestellte Klage auch materiell vollkommen unbegründet erscheint;

da es nämlich zuvörderst nicht zweifelhaft erscheinen kann, daß die Ankündigung des fraglichen Brustsyrups, welcher in den mitabgedruckten Attesten ersichtlich als ein Arzneimittel und zwar als ein äußerst wirksames dargestellt und als solches praktisch angekündigt wird, gegen die Vorschriften des durch die Bekanntmachung des Senates vom 5. Februar 1855 abgeänderten § 98 sowie des § 99 der Medicinal-Ordnung verstößt;

da auch dem Erkenntniß a quo nicht darin beigestimmt werden kann, daß das Preßgesetz vom 5. October 1849 der Berechtigung der Polizei-Behörde zum Erlaß des fraglichen Verbotes hindernd entgegenstehe, weil es sich im vorliegenden Falle (wie das auch von dem Erkenntnisse a quo selbst anerkannt wird) gar nicht um eine mittelst der Presse zur Ausführung gebrachte Beihülfe zu einem Vergehen gegen die Vorschriften der Medicinal-Ordnung handelt, für welche die Bestimmungen des Preßgesetzes überall nicht maßgebend sind;

da mithin die Thätigkeit der Polizei-Behörde bei Erlassung des fraglichen Verbotes überall nicht als eine preßpolizeiliche, sondern lediglich als eine medicinalpolizeiliche erscheint, in deren Ausübung dieselbe durch die Bestimmungen des Preßgesetzes um so weniger als beschränkt zu erachten ist, als dieselbe nach § 12 des Preßgesetzes sogar für die Beurtheilung und Bestrafung des in diesem Vergehen mitenthaltenen Preßvergehens die competente Behörde sein würde:

daß das Erkenntniß der zweiten Prätur vom 6. October d. J. wieder aufzuheben und der Kläger unter Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz mit der angestellten Klage abzuweisen sei.

Druckfehler:

In No. 50 der „Gerichts-Zeitung," Seite 394, zweite Spalte, Zeile 14 von unten und Seite 395, erste Spalte, Zeile 25 von oben ist zu lesen: „Wahlrecht" anstatt Wechselrecht.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 26.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

№ 52. 1862.

Hamburgische Gerichts-Zeitung.

Zweiter Jahrgang.

Herausgegeben von mehreren Hamburgischen Juristen.

Erscheint jeden Sonnabend. **Hamburg, den 27. December.** Preis pro Quartal 1 Thaler.

Inhalt: Handelsgericht: Dr. Hertz c. Wright. — Fränckel c. Préalle — Oberappellationsgericht: Loebig c. Loebig.

Handelsgericht.

No. 116.

Zweite Kammer. Audienz vom 12. Decbr. 1862.
Präses: Herr Dr. Sutor; Richter: die Herren Schuldt und Tesdorpf.

Dr. Gustav Hertz m. n. G. Vogler in Quedlinburg gegen J. G. Wright (Dr. Daniel Hertz).

Der Kläger producirt in Anl. 1 die ihm gehörige Secunda eines Wechsels von £ 75, welchen der jetzige Fallit Conrad Max Meyer am 23. November vor. J. zwei Monate dato auf Cusel & Co. in London gezogen hat. Die Prima sei von Meyer s. Z. ohne Indossament dem Beklagten eingehändigt worden, damit dieser sie an seine Correspondenten in London, Smythe & Co., zur Besorgung des Accepts übersende, und habe dieselbe bei den Bezogenen auch Schutz gefunden. Als nun aber bei Verfall der Inhaber der Secunda die Prima bei Smythe & Co. abgefordert habe, sei von diesen, ausweise einer auf der Anl. 1 befindlichen notariellen Bescheinigung, der Bescheid ertheilt worden: „die Prima sei ihnen von dem Beklagten remittirt; sie könnten dieselbe daher auch Niemandem anders als dem Beklagten herausgeben." Dieselbe Erklärung hätten Smythe & Co. dann auch in einem Briefe an die Curatoren des Meyer vom 14. März d. J. (Anl. 2) wiederholt. Der Wechsel sei nun im Regreßwege auf ihn zurückgekommen und ständen ihm somit gegen den Beklagten nicht nur die Rechte zu, welche Meyer aus dem ursprünglichen Auftrage gegen Wright habe und welche durch das ihn legitimirende Indossament auf ihn übergegangen seien, sondern auch der Anspruch, den Art. 68 der Wechsel-Ordnung *) dem Inhaber gegen den Verwahrer der Prima gebe. Er könne demnach von dem Beklagten die Auslieferung der Prima oder die Bezahlung der Wechselsumme fordern, einmal weil der Beklagte die Prima Meyer's Auftrage zuwider nicht zur Verfügung der Secunda, sondern zu eigener Verfügung an Smythe & Co. übermittelt habe, und zweitens weil Beklagter, zu dessen Verfügung die Prima stehe, als deren Verwahrer zu behandeln sei. Falls Beklagter behaupten wolle, daß er Smythe & Co. zur Zurückhaltung der Prima nicht beauftragt habe, müsse er jedenfalls alle seine Rechte gegen diese Firma seinem Mandanten cediren, der sich wegen des ihm verursachten Schadens übrigens alle Gerechtsame reservire. Indem er schließlich in Anl. 3 noch einen Schein beibringe, in welchem die Curatores bonorum des C. M. Meyer ihn zur Anstellung dieser Klage autorisiren, bitte er, den Beklagten zur Auslieferung der zur Anl. 1 gehörigen Prima zu verurtheilen.

Der Beklagte wendet ein: Es fehle völlig an einem nexus obligatorius zwischen ihm und dem Kläger; die Klage ermangele daher, selbst wenn die darin aufgestellten factischen Behauptungen wahr wären, jeder rechtlichen Begründung und sei demnach sofort abzuweisen. Nicht er sei Verwahrer der Prima, sondern Smythe & Co.; diese müsse der Kläger daher in Anspruch nehmen, wenn er auf Grund des Art. 68 klagen wolle. Uebrigens habe er die Prima keineswegs

*) Dieser Artikel lautet in Alinea 2: „Der Verwahrer des zum Accepte versandten Exemplars ist verpflichtet, dasselbe Demjenigen auszuliefern, der sich als Indossatar (Art. 36) oder auf andere Weise zur Empfangnahme legitimirt."

aus Gefälligkeit für Meyer zum Accepte überschickt, dieselbe vielmehr als theilweise Deckung für die bedeutenden, von ihm für Meyer übernommenen Obligos von diesem erhalten. Die Anlage 3 sei völlig werthlos, zumal weder mandatario noch cessionario nomine der Curatoren der Meyer'schen Masse geklagt sei.

Der Kläger replicirt: Der nexus obligatorius werde dadurch hergestellt, daß er nach Art. 36 der Wechsel-Ordnung als Eigenthümer auch der Prima des Wechsels, Beklagter dagegen in Folge der Erklärung von Smythe & Co. als Verwahrer derselben anzusehen sei. Daß Beklagter die Prima von Meyer zur Deckung erhalten habe, werde geleugnet, würde jedoch auch irrelevant sein; denn die Uebergabe der nicht indossirten Prima könne dann höchstens als ein Versprechen Meyer's aufgefaßt werden, dem Beklagten die indossirte Secunda später nachliefern und ihn so zum Herrn des Wechsels machen zu wollen. Dies Versprechen habe Meyer später aber nicht erfüllt, vielmehr durch sein Indossament ihm (dem Kläger) seine Rechte aus dem Wechsel übertragen.

Erkannt:

Da Smythe & Co. in London, ausweise ihres Schreibens vom 14. März a. c., die Auslieferung der, entsprechend der Bemerkung auf der Secunda, in ihren Händen befindlichen acceptirten Prima deshalb verweigert haben und verweigern, weil ihnen dieser Wechsel von dem Beklagten eingesandt worden ist und sie nur dessen Verfügung über denselben befolgen zu dürfen glauben, daraus aber und aus dem, was Beklagter selbst vorgetragen hat, constirt, daß Smythe & Co. nur die Detention des Wechsels haben, während Beklagter als dessen Possessor anzusehen ist,

da somit der Beklagte, falls ihm, wie solches vom Kläger behauptet ist, der fragliche Wechsel vom Trassanten Conrad Max Meyer nur zur Besorgung des Acceptes behändigt sein sollte, als Verwahrer des Wechsels im Sinne des Art. 68 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung zu gelten hätte,

da derselbe in diesem Falle auf Grund des angezogenen Artikels für verpflichtet erachtet werden müßte, dem Kläger als dem gehörig legitimirten Eigenthümer der indossirten Secunda, die acceptirte Prima auszuliefern resp. ausliefern zu lassen, weil, wenn auch das Gesetz nicht ausdrücklich denjenigen nennt, dem gegenüber der Verwahrer verpflichtet sein soll, doch kein Anderer als berechtigt gemeint sein kann, als der legitimirte Inhaber der Secunda, indem:

1) die Construction der Alinea 2 des Art. 68 dieser Annahme offenbar das Wort redet,
2) nicht anzunehmen ist, daß die Gesetzgeber es für nöthig erachtet haben sollten, die schon civilrechtlich unbestreitbare Verpflichtung des Mandatars seinem Mandanten gegenüber, in der Wechselordnung ausdrücklich und zwar zweimal, nämlich im Art. 68 und Art. 72 zu sanctioniren, und
3) aus den Protokollen der Leipziger Conferenz,
(cf. Leipziger Ausgabe, Seite 136)
sich deutlich ergiebt, wie die Commission bei der getroffenen Bestimmung von der Ansicht ausging, daß die Duplikate eines Wechsels als ein Ganzes zu betrachten seien und daß demnach der legitimirte Eigenthümer einer gehörig indossirten Sekunda auch als der Eigenhümer der nicht indossirten Prima anzusehen sei;

da auch das Handelsgericht sich schon früher dafür ausgesprochen hat, daß der Art. 68 dem Inhaber der indossirten Sekunda ein selbstständiges Recht dem Verwahrer der acceptirten Prima gegenüber ertheilt,
(cf. Erkenntniß erster Kammer vom 14. Juni 1858, in Sachen J. J. W. Unbehagen c. D. F. Weber & Co.

da aber die Behauptung des Beklagten, er habe die fragliche Prima vom Trassanten Conrad Max Meyer als Deckung für Obligo's erhalten, keinen Anspruch auf rechtliche Beachtung machen kann, weil sie mit dem beklagtischen Eingeständnisse, daß die Prima ihm unindossirt behändigt, nnd daß ihm kein indossirtes Duplikat überliefert worden, offenbar nicht in Uebereinstimmung zu bringen ist, indem sowohl der Beklagte als der Trassant Kaufleute sind und also sicher niemals der Meinung sein konnten, daß durch die bloße Hingabe einer unindossirten Tratte die Wechselforderung auf den Empfänger übertragen und demselben ein zur Deckung dienliches Werthobject behändigt werde,

da unter diesen Umständen und Angesichts der Bemerkung des Trassanten auf der Secunda, daß die Prima acceptirt bei Smythe & Co. liege, der Beklagte trotz seines Leugnens als Verwahrer derselben angesehen und sein Widerspruch gegen deren Herausgabe für ungerechtfertigt erachtet werden muß:

daß, dem Kläger alle Ansprüche gegen den Beklagten wegen des ihm aus der bisherigen Vorenthaltung der acceptirten Prima etwa erwachsenen Schadens vorbehalten, Beklagter schuldig sei, dem Kläger innerhalb acht Tagen, nachdem derselbe sich gehörig wird legitimirt haben, die Prima des als Anlage No. 1 vom Kläger vorgelegten Secunda-Wechsels auszuliefern, und zwar s. p. executionis auf den Betrag von £ 75.

Beklagter hat außerdem dem Kläger die Zinsen auf £ 75 vom Tage der Klage an und die Kosten des Processes s. p. executionis zu erstatten.

No. 117.

Erste Kammer. Audienz vom 15. December 1862.

Präses: Herr Dr. Albrecht; Richter: die Herren Stahmer und Durrieu.

Carl und Paul Fränckel (Dr. G. Hertz) gegen C. Préalle (Dr. L. Noack.)

Kläger verlangen vom Beklagten sofortige Empfangnahme von ca. 3500 Pfd. Heede, gegen Zahlung des Kaufpreises, unter dem Präjudiz, daß widrigenfalls die Waare für Beklagtens Rechnung und Gefahr verkauft werde. Sie behaupten ferner, daß Beklagter die Waare am Bahnhofe in Augenschein genommen, gebilligt und wie besehen gekauft habe.

Beklagter erwidert: er bemerke zunächst, daß er als Agent verschiedener Häuser häufig in der Lage sei, für diese Waaren kaufen zu müssen, in Betreff welcher er ohne spezielle Sachkenntniß sei. So verhalte es sich namentlich mit diesem Heedehandel. Er habe von einem belgischen Hause Auftrag auf feine Heede, und nur auf solche gehabt. Der Makler Cusel nun habe ihm am 7. October im Auftrage der Kläger eine Partie feine preußische Heede offerirt mit dem Bemerken, daß schneller Entschluß erforderlich sei, da die Waare bereits am 8. vom Bahnhofe, wo sie jetzt lagere, abgenommen werden müsse. Er sei darauf am andern Morgen an den Bahnhof gegangen, woselbst er den Mitkläger C. Fränckel getroffen habe. Es sei durchaus nicht seine Absicht gewesen, eine Besichtigung mit der Waare vorzunehmen (wozu ihm jede Sachkenntniß gemangelt habe), sondern er habe sich nur eine Anschauung von derselben verschaffen wollen. Auf dem Bahnhofe habe er Fränckel gefragt: „Ich kenne feine preußische Heede nicht, ist das nun prima preußische Heede?“ worauf jener erwiderte: „es ist feine Königsberger Heede.“ Darauf seien sie Handels einig geworden. Auf dem Heimwege habe sodann Beklagter erfahren, daß die Waare nicht fein, sondern dritter Qualität sei. Aus allem diesem ergebe sich, daß nicht Heede schlechthin gekauft sei, sondern speziell über feine Heede contrahirt sei. Da die Waare dies nicht sei, so sei er berechtigt, von dem Handel zurückzutreten, da der Besicht ein rein factischer gewesen und durchaus nicht „wie besehen“ gekauft sei. Zur Sache sei ferner zu bemerken, daß Kläger die fragliche Waare, als dritter Qualität, von Fürstenwalde & Co. in Königsberg nach Probe gekauft und hieselbst an de Kupper wieder verkauft hätten. Letzterer habe die Waare als nicht probemäßig aufgeschossen; und Kläger hätten dann ihrerseits Fürstenwaldt & Co. gegenüber dasselbe gethan. Fürstenwaldt habe die auf dem Bahnhof lagernde Waare dem beklagtischen Anwalt gegenüber als dritter und vierter Qualität bezeichnet. Eventuell opponire er die exceptio doli, da die Kläger verschwiegen hätten, daß die Waare unsortirt sei, unter welcher Voraussetzung jeder einzelne Ballen hätte besehen werden müssen. In omnem eventum opponire er die Einrede der Verletzung über die Hälfte.

Kläger entgegnen: Sie müssen der gegnerischen Sachdarstellung gegenüber darauf beharren, daß die Waare „wie besehen“ gekauft sei. Wenn der Makler große Versprechungen in Betreff feiner Heede gemacht, so habe er das nicht im klägerischen Auftrage gethan. Beklagter habe nie gesagt, daß er den Artikel nicht kenne und habe mit demselben auch schon mehrfach mit den Klägern Geschäfte gemacht. Beklagter streite gegen den Ausdruck „wie besehen“; es komme aber nicht auf diesen, sondern auf den Hergang der Sache an. Wenn ein Käufer eine Waare ansehe und behandle, so könne er nicht nachher sagen, er habe etwas Andres zu kaufen gemeint. Feine preußische Heede sei überdies gar kein technischer Begriff; Heede werde nur einmal notirt. Es liege demnach keine Qualitätsbezeichnung von Seiten der Kläger, sondern nur eine Anpreisung vor. Die behauptete Einrede des dolus angehend, so sei es offenbar des Beklagten eigenes Verschulden, wenn derselbe nicht jeden einzelnen Ballen besehen. Daß eine Verletzung über die Hälfte vorhanden, bestreite er.

Erkannt:

da, wenn auch der Makler Cusel von den Klägern beauftragt gewesen sein sollte, die in diesem Processe in Rede stehende Partie Heede dem Beklagten als feine preußische Heede anzubieten, Beklagter es doch nicht mehr würde geltend machen können, daß die Waare dieser Offerte nicht entspreche, nachdem — wie er einräumt — ihm vor dem Abschluß des Geschäfts die Heede von dem Sr. Carl Fränckel auf dem Eisenbahnhof vorgezeigt worden,

da demnach hier nur in Betracht kommen kann, daß Beklagter, als ihm die Waare von Sr. Carl Fränckel vorgezeigt wurde, eine genaue Besichtigung derselben nicht vorgenommen, vielmehr die Waare genehmigt hat, nachdem auf seine Frage, ob die Waare von Prima-Qualität sei, dieselbe von Fränckel als feine Königsberger Heede bezeichnet worden,

da nun, auch wenn diese Antwort des Sr. Fränckel unter den von dem Beklagten angegebenen näheren Umständen erfolgt sein sollte, in derselben ein dictum et promissum nicht liegen würde, indem auch nach der Darstellung des Beklagten Sr. Fränckel nur ausgesprochen haben würde, daß seiner Ueberzeugung nach die Waare feine Königsberger Heede sei, nicht aber, daß er oder seine Firma dafür einstehen wolle, daß die Waare wirklich diese Bezeichnung verdiene,

da andrerseits auch nach der Darstellung, welche Kläger von diesem Vorgange geben, davon ausgegangen werden muß, daß Sr. Carl Fränckel durch

seine Aeußerung den Beklagten veranlassen wollte, die Waare zu genehmigen, ohne dieselbe zuvor genauer zu untersuchen, oder durch Andere untersuchen zu lassen, hiernach aber in dieser Aeußerung nicht lediglich ein Anpreisen der Waare, wie solches jedem Verkäufer freisteht, gefunden werden kann, dieselbe vielmehr, wenn die Waare keine feine Heede seien, und Gr. Fränckel dieses gewußt haben sollte, als eine dolose angesehen werden müßte,

da indessen weder aus den Differenzen, in welche Kläger über die Waare mit ihren Verkäufern gerathen waren, noch daraus, daß Kläger die Wiederaufhebung eines früher von ihnen über diese Partie abgeschlossenen Verkaufs sich hatten gefallen lassen, ohne Weiteres gefolgert werden kann, daß Gr. Fränckel wider besseres Wissen die Waare als feine Heede bezeichnet habe, und demnach dem Beklagten den Beweis dieser seiner Behauptung aufzuerlegen ist,

da aber außer diesem Beweis Beklagter nicht auch noch den Beweis, daß er durch die Aeußerung des Gr. Fränckel zu der Genehmigung der Waare bestimmt worden sei, zu erbringen hat, vielmehr, wenn der erstere Beweis von dem Beklagten erbracht werden sollte, es Sache der Kläger wäre, darzuthun, daß die Genehmigung der Waare nicht die Folge des von ihrer Seite begangenen dolus sei,

da nun allerdings nicht angenommen werden könnte, daß Beklagter durch die Aeußerung des Gr. Fränckel zu der Genehmigung der Waare verleitet worden sei, wenn, wie Kläger behaupten, bei dem Abschluß des Geschäftes ausdrücklich ausgemacht worden, daß die Waare „wie besehen" verkauft sein sollte, indem Beklagter, wenn derselbe sich mit dieser Bedingung einverstanden erklärt haben sollte, dadurch anerkannt haben würde, daß er die Waare nicht in Folge der Aeußerung des Gr. Fränckel, sondern deshalb genehmige, weil er durch die Ansicht der Waare sich über deren Qualität vergewissert habe,

daß beiden Parteien wegen der von dem Beklagten behaupteten laesio enormis für jetzt alle Gerechtsame vorzubehalten, übrigens aber Beklagter zu beweisen habe:

> daß die in Rede stehende Waare keine feine Königsberger Heede sei, und daß Gr. Fränckel dieses gewußt habe, als derselbe ihm, dem Beklagten, die Waare auf dem Eisenbahnhofe vorzeigte,

daß jedoch dem Kläger nicht nur der Gegenbeweis vorzubehalten, sondern auch — hier dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — der Beweis:

> daß Beklagter bei dem Abschlusse des Handels sich damit einverstanden erklärt habe, daß er die Waare „wie besehen" kaufe,

daß ferner Beklagter die demselben auferlegten Beweise innerhalb 8 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Strafe des Beweisverlustes anzutreten habe, und Kläger den ihnen nachgelassenen Beweis unter demselben Präjudiz gleichzeitig mit dem ihnen vorbehaltenen Gegenbeweis,

worauf alsdann weiter in der Sache erkannt werden soll.

Oberappellationsgericht zu Lübeck.

No. 25.

Dr. Joh. Otto Stammann und Dr. K. E. Zimmermann als Vormünder von Margaretha Wilhelmine Loebig in Hamburg gegen Johann Georg Loebig in Bremen.

Die Kläger haben in Bremen folgende Klage angestellt: Ihre Mündel sei eine außereheliche Tochter der 1858 in Bremen verstorbenen Schwester des Beklagten Elisabeth geb. Loebig, Eduard Willing Wwe., und als solche, da die Letztere keine anderen Descendenten hinterlassen habe, die einzige Intestaterbin derselben. Der gesammte Nachlaß der Mutter, wozu insbesondere auch der vierte Theil eines in Bremen belegenen Grundstücks gehöre, befinde sich im Besitze des Beklagten, der somit zur Herausgabe an die Kläger als die Vertreter der berechtigten Erbin verpflichtet sei.

Der Beklagte wendete ein: Die klägerische Mündel sei jedenfalls nur für die Hälfte des Nachlasses ihrer Mutter erbberechtigt; denn die Letztere habe mit ihrem verstorbenen Manne in Gütergemeinschaft gelebt, und bei dem Tode desselben nicht mit seinen Verwandten abgetheilt. Unter diesen Umständen aber müsse nach hamburgischem Rechte, welches hier als das Recht des Domicils entscheidend sei, das von den Eheleuten hinterlassene Sammtgut zur Hälfte an die Verwandten des Mannes fallen. Es werde hierauf jedoch kaum ankommen, da ihm selbst an dem betreffenden Nachlasse durch einen mit seiner Schwester abgeschlossenen, in

No. 9 Actorum beigebrachten, Erbvertrag ein Erbrecht, welches jede Intestaterbfolge ausschließe, eingeräumt sei. Eventuell sei die No. 9 Actorum jedenfalls als Schenkungsurkunde aufzufassen und, solle auch dies nicht zulässig sein, so wolle er behaupten, daß er den streitigen Nachlaß auf Grund einer datio in solutum für vielfache im Auftrage und zum Nutzen seiner Schwester gemachte Auslagen besitze.

Die Kläger replicirten: Es seien keine Verwandte des Eduard Willing aufzufinden gewesen; es müsse daher angenommen werden, daß keine solche existirten und sei also ihre Mündel einzige Intestaterbin für das ganze von ihrer Mutter hinterlassene Gut. Was die übrigen Einreden des Beklagten anbetreffe, so werde zunächst in Abrede gestellt, daß die jenseits behaupteten Rechtsgeschäfte zwischen dem Beklagten und seiner Schwester — Erbvertrag, Schenkung und datio in solutum — überhaupt vorgenommen seien. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, würden dieselben doch ungültig sein: und zwar 1) total, weil bei denselben die Zuziehung eines Geschlechtscurators für die in Hamburg domicilirt gewesene Mutter ihrer Mündel unterlassen sei, und 2) wenigstens theilweise, insofern die Letztere durch jene Geschäfte entweder auf den Todesfall, oder doch in fraudem legis unter Lebenden, über Erbgut verfügt haben würde. Jeder dieser beiden Umstände mache jene Geschäfte nach hamburgischem Rechte, welches hier maßgebend sein müsse, nichtig. Hinsichtlich des Erbvertrags stehe dem Beklagten außerdem entgegen, daß acquisitive Erbverträge nach hamburgischem Rechte überhaupt unzulässig seien. Jedenfalls aber würde durch einen solchen Vertrag über den ganzen Nachlaß der Mutter der Pflichttheil ihrer Mündel verletzt und Dieser wenigstens vom Beklagten herauszugeben sein.

Das Obergericht zu Bremen erkannte hierauf am 19. November 1860:

> daß die auf das Intestaterbrecht der klägerischen Mündel in den Nachlaß ihrer Mutter gestützte Klage Einredens unbehindert für an sich begründet und liquide zu achten sei und unter Verwerfung der gegen die Einrede des Erbvertrags vorgebrachten Repliken der Nichtigkeit dieses Vertrags wegen mangelnder Zuziehung eines Geschlechtscurators und der Ungültigkeit desselben als eines Erbeinsetzungsvertrags nach hamburgischem Rechte, sowie unter Aussetzung der Entscheidung über die Replik der Verletzung des Pflichttheils, dem Beklagten nachzulassen sei, innerhalb Ordnungsfrist zu beweisen:
>
> > daß er mit seiner verstorbenen Schwester Eduard Willing Wwe., Elisabeth, geb. Loebig, einen Erbvertrag, nach welchem ihr Nachlaß nach ihrem Tode auf ihn als ihren Vertragserben vererben solle, abgeschlossen habe;
>
> welchem nächst weiter erkannt werden soll, was Rechtens.

In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnisse wird ausgeführt: Der Streit um die Erbfolge in den Nachlaß der Elisabeth Loebig, verwittweten Eduard Willing, sei für alle übrigen in den Acten verhandelten Fragen präjudiciell und daher nothwendig zuerst zur Entscheidung zu bringen. Die angestellte Klage, eine hereditatis petitio, stütze sich auf das gesetzliche Intestaterbrecht der klägerischen Mündel, welcher als einziger Tochter der Erblasserin nach Ansicht der Kläger der ganze Nachlaß zugefallen sein solle, während der Beklagte dagegen meine, daß jenes Erbrecht auf die Hälfte des Nachlasses zu beschränken sei. Es sei nun zwar richtig, daß nach hamburgischem Rechte — welches über die Erbfolge in den Nachlaß der zur Zeit ihres Todes in Hamburg domicilirten Erblasserin entscheide — beim Tode eines in kinderloser Ehe lebenden Mannes das Sammtgut nur zur Hälfte auf die Frau, zur Hälfte auf die Blutsverwandten des Mannes vererbe; und da der klagend verlangte Nachlaß unbestrittenermaßen zum Sammtgut der Willingschen Eheleute gehört habe, so würde danach die klägerische Mündel nur die auf ihre Mutter vererbte Hälfte dieses Nachlasses beanspruchen können, während die andere Hälfte den Verwandten des verstorbenen Willing zukäme. Der Beklagte habe jedoch gar nicht bestimmt anzugeben vermocht, daß solche Verwandte existirten und wer sie seien; er habe nur auf die Möglichkeit ihres Vorhandenseins hingewiesen. Ueber solchen Einwand könne ihm nicht einmal ein Beweis nachgelassen werden, zumal da nach hamburgischem Rechte die Wittwe schon dann das ganze Sammtgut erbe, wenn sich keine erbfähigen Verwandten des Mannes anfinden,

Baumeister, Privatrecht II. S. 249

und sei somit die auf ein universelles Erbrecht gestützte Klage als an sich begründet und liquide anzuerkennen.

Beklagter habe derselben aber einen von ihm mit der Erblasserin in Bremen geschlossenen Erbvertrag opponirt. Aus No. 9 Actorum sei ein solcher jedoch nicht ohne weiteres ersichtlich, und würde also an sich dem Beklagten der Beweis seiner Einrede aufzuerlegen sein. Nun hätten aber die Kläger derselben zwei Repliken entgegengestellt, die wenn begründet, sie sofort beseitigen würden und daher zunächst zu prüfen seien. Die erste derselben gehe dahin, daß die Wwe. Willing als Hamburgerin ohne einen curator sexus einen bindenden Erbvertrag auch in Bremen nicht habe abschließen können. Es sei nun allerdings ausgemacht, daß nach hamburgischem Rechte eine unverheirathete Frau oder eine Wittwe bei wichtigen Geschäften der Zuziehung eines Curators bedürfe. Es pflege ferner diese Geschlechtscuratel meistens als durch die fortdauernde Unmündigkeit der Frauen begründet angesehen, somit als ein Verhältniß der persönlichen Rechtsfähigkeit, als eine persönliche Eigenschaft, status, behandelt und daraus geschlossen zu werden, daß, da die Rechtsfähigkeit der Hamburgischen Frau bekannten Regeln nach stets nach Hamburgischem Recht beurtheilt werden müsse, auch zur Gültigkeit eines im Auslande von ihr eingegangenen Vertrags die Zuziehung eines Geschlechtscurators erforderlich sei. Anerkanntermaßen sei jedoch die Geschlechtscuratel an sich fast ganz unnütz und bestehe auch in Hamburg nur als topische Singularität fort. Schon das O.-A.-G. in Jena habe nachzuweisen gesucht, daß die Geschlechtscuratel in Wahrheit nicht zum status gehöre, sondern eine bloße Form, ein sollenne eines Rechtsgeschäfts sei, auf welches die Regel locus regit actum Anwendung finde und habe in Folge dessen denn auch ausgesprochen, „daß die an ihrem Wohnorte an die Zustimmung eines Curators nur gewissermaaßen gebundene Frau an dem Orte, wo die cura sexus nicht besteht, ohne Geschlechtsvormund gültig und rechtsbeständig contrahiren könne."

Seufferts Archiv IV. 236.

Zu demselben Resultate gelange auch Wächter im

Archiv für civilistische Praxis XXV. pg. 180,

durch die Ausführung, daß zwar die Frage über das Vorhandensein der persönlichen Eigenschaften, welche zum status gerechnet werden, in Folge eines in Deutschland geltenden Gewohnheitsrechts, bei dem Fremden nach dem Rechte seines Staats beurtheilt zu werden pflege, daß aber rücksichtlich der Wirkungen jener Eigenschaften ein solches Gewohnheitsrecht sich nicht nachweisen lasse, über diese Wirkungen vielmehr das einheimische Recht entscheiden müsse. Die Argumentation des O.-A.-G. zu Jena beziehe sich freilich auf die sächsische Geschlechtscuratel, sei jedoch unbedenklich auch auf die in Hamburg bestehende anzuwenden; denn auch in dieser könne schwerlich mehr eine wirkliche Beschränkung der Rechtsfähigkeit, sondern nur noch eine bloße Form gefunden werden. Komme man sonach schon auf Grund der Ansicht des O.-A.-G. zu Jena dazu, für den vorliegenden Fall die Replik der fehlenden Zuziehung eines Geschlechtscurators als eines in Bremen nicht anerkannten Formmangels zu verwerfen, so dürfe man mit noch größerer Zuversicht der zu demselben Ergebniß führenden Argumentation Wächters beitreten. Zwar werde dieselbe von Savigny

System des Röm. Rechts VII. pg. 137

lebhaft bestritten; doch halte dieser selbst die Ergebnisse seiner Untersuchung für die practische Anwendung nichts weniger als genügend

a. a. O. VIII. pg. 140,

und überdies träfen beide Schriftsteller in ihren Schlußsätzen im Einzelnen häufig zusammen, wenn sie auch in der Begründung auseinandergingen. So z. B. bei Collision der Statuten über die Grenzen des den Minderjährigen zustehenden beneficium restitutionis u. a. m. Daß aber das Institut der Geschlechtscuratel dem jetzigen Bremischen Rechte wirklich ganz fremd sei, könne nicht bezweifelt werden, da dasselbe, nachdem es schon seit Jahrhunderten bis auf wenige Ueberbleibsel in Abgang gekommen, neuerdings durch die Erb- und Handfesten Ordnung von 1833 völlig abgeschafft worden. Schließlich könne noch darauf hingewiesen werden, daß das Wächter'sche Princip in dem § 84 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung eine Art von Billigung gefunden habe,

cf. Protocolle der Conferenz für d. W.-O. p. 144 ff.,

deren Angemessenheit auch Savigny System VIII. p. 151 u. 159 anerkenne.

Die zweite hier zu berücksichtigende Replik gründe sich auf die Behauptung, daß nach Hamburgischem Rechte s. g. acquisitive Erbverträge mit Ausnahme der Ehezärter und Einkindschaftsverträge ungültig seien. Da es sich hier um die Frage handle, ob der Nachlaß einer Hamburgerin überhaupt durch einen Erbvertrag vererbt werden könne, und diese Frage in das Erbrecht selbst gehöre, so sei dieselbe allerdings zufolge eines in Deutschland sehr allgemein anerkannten Princips nach dem örtlichen Rechte des Wohnsitzes, welchen die Erblasserin zur Zeit ihres Todes hatte, also nach Hamburgischem Rechte zu beurtheilen. Nun finde sich zwar die Ansicht der Kläger ausgesprochen bei

Baumeister, Privatrecht II. p. 367

und in dem dort angeführten Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck in S. Schritzmeyer c. Schritzmeyer Wwe. Testamentsvollstrecker. Hamb. Sammlung II. S. 229 ff.

Allein diese Billigung der klägerischen Ansicht beruhe nicht auf einem Hamburgischen Particular-Gesetze, sondern auf einer bloßen Rechtsansicht über die Ausdehnung des Eingangs, den das Römische Verbot der Erbverträge in Deutschland gefunden habe, indem Baumeister und das O.-A.-G. in Lübeck im Widerspruch gegen die von den Bremischen Gerichten stets für richtig gehaltene Ansicht Eichhorns,

Deutsches Privatrecht § 341

eine Vermuthung für die Rechtsbeständigkeit aller Erbverträge in ganz Deutschland nicht gelten lassen wollten. Eine solche Rechtsansicht bilde aber noch kein Hamburgisches Recht und könne die Bremischen Gerichte um so weniger veranlassen, von ihrer über die Gültigkeit der Erbverträge stets festgehaltenen Ueberzeugung abzugehen, als in der vorerwähnten Sache das Hamburgische Niedergericht diese Ueberzeugung getheilt habe. Demnach sei denn auch diese zweite Replik zu verwerfen gewesen. Ueber das weitere replicarische Vorbringen der Kläger aber sei die Entscheidung vorläufig ausgesetzt worden, da dasselbe erst dann in Frage komme, nachdem festgestellt sein werde, daß der von dem Beklagten behauptete Erbvertrag wirklich rechtsgültig zu Stande gekommen sei, und da dasselbe überdies immer nur eine theilweise Rescission dieses Erbvertrags zur Folge haben könne.

Die Kläger bedienten sich gegen dies Erkenntniß des Rechtsmittels der Revision; dasselbe wurde jedoch unter dem 6. Mai 1861 vom Bremischen Obergerichte lediglich bestätigt. Nunmehr appellirten die Kläger an das O.-A.-G. zu Lübeck, welches am 6. December 1862 erkannt hat:

> daß das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 6. Mai 1861 zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber dahin abzuändern, daß der gegen die Einrede des Erbvertrags vorgebrachten Replik der Ungültigkeit desselben nach Hamburgischem Rechte Statt zu geben, und demzufolge der in dem Obergerichts-Erkenntnisse vom 19. November 1860 dem Beklagten nachgelassene Beweis wieder aufzuheben sei.

Entscheidungsgründe.

Wenn die Kläger sich

I. darüber beschweren, daß ihre Replik der Nichtigkeit des Erbvertrages wegen unterlassener Zuziehung eines Geschlechtscurators verworfen worden sei (Grav. II.), so mußte dieser Punkt für höchst zweifelhaft erachtet, aber doch dem Obergerichte im Resultate beigetreten werden.

Zwar würde

A. wenn die Nothwendigkeit der Zuziehung eines Curators bei Frauenzimmern auch nach dem gegenwärtigen Stande dieses Instituts, namentlich nach Hamburgischem Rechte, noch auf dem Mangel der Rechts- und Handlungsfähigkeit, wie bei Unmündigen, beruhte, unbedenklich hier das Hamburgische Recht zur Anwendung kommen, und sonach der Replik stattgegeben werden müssen, indem der besonders von Wächter geltend gemachte Grundsatz, dem auch das Obergericht sich angeschlossen hat, daß zwar die rechtlichen Eigenschaften einer Person nach der lex domicilii, die Wirkungen der von ihr vorgenommenen Handlungen dagegen nach dem Rechte des Landes, wo sie vorgenommen, zu beurtheilen seien,

Archiv für civilist. Praxis, Bd. 25, S. 161 ff., bes. S. 176 ff.,

in dieser Allgemeinheit bedenklich ist, zur Zeit keine Anerkennung gefunden hat,

Story, on conflict of laws, S. 64 u. 65;
Schäffner, internationales Privat-Recht, S. 78;
v. Savigny, System, Th. 8, S. 134–140;
Pfeiffer, das Princip des internationalen Privat-Rechts, S. 45—47;
Gerber, deutsches Privat-Recht, § 32, S. 74 (B. Ausgabe);
Walter, deutsches Privat-Recht, § 45;

und auch vom Ober-Appell.-Gerichte in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht befolgt worden ist.

Anlangend dagegen

B. die Frage, welche das Obergericht zunächst umständlich erörtert hat, ob die Zuziehung eines Geschlechtscurators gegenwärtig noch als nothwendige Ergänzung der Persönlichkeit der Frauenzimmer bei Abschluß von Rechtsgeschäften aufzufassen sei, oder, wie das Obergericht annimmt, die dahin gehenden Vorschriften zu denen über die Form der Rechtsgeschäfte zu zählen seien, wo die Regel „locus regit actum" zur Anwendung komme, so stehen dieser letzteren Ansicht allerdings erhebliche Bedenken entgegen, wie denn in der That die bewährtesten neueren Schriftsteller im Allgemeinen als Grund der Geschlechtscuratel, wo sie noch besteht, die Schwäche und Unerfahrenheit der Weiber betrachten, die sie eines männlichen Beistandes bedürftig erscheinen ließen,

Kraut, Vormundschaftsrecht, Th. 2, S. 291 cf.
Gerber, a. a. O. § 215;
Thöl, Einleitung, § 78;
Walter, a. a. O. § 108;

und selbst Wächter, welcher die Geschlechtscuratel, wie sie namentlich in Würtemberg vor ihrer Aufhebung sich gestaltet hatte, als zu einer bedeutungslosen Formalität herabgesunken darstellt,

Würtembergisches Privatr. Th. I. S. 465;

gleichwohl ganz allgemein, ohne zu unterscheiden, sich gegen die Ansicht erklärt, daß die Zuziehung

eines Geschlechtscurators, wo sie gesetzlich sei, zur Form des Rechtsgeschäfts gehöre.

Archiv für civilist. Praxis, Bd. 25, S. 180, Note 302.

Allein wie diese von Wächter nicht gebilligte Ansicht schon früher manche namhafte Vertreter gefunden hat,

Carpzov, Definit. forenses P. II. Const. 15, def. 6;

Merius, ad jus Lub. Prolegomena p. 4, No. 17.

Hommel, Rhapsodia Obs. 409, No. 9 u. 10;

Rirclus, von Stadtgesetzen, S. 537;

so war ihr, soviel, worauf es hier allein ankommt, die gegenwärtige Hamburgische Geschlechtscuratel betrifft, Anerkennung nicht zu versagen.

Denn es haben hier die Bestimmungen des Recesses von 1529 Art. 33 und des Stadtrechts III. 6. Art. 21, wonach unverheirathete Frauenzimmer wie auch Wittwen, gleich den Minderjährigen, noch fortwährend unter Vormundschaft standen, durch den Rath- und Bürgerschluß vom 4. September 1732,

Klefecker, Sammlung Hamburgischer Gesetze, Th. III. S. 691,

eine wesentliche Aenderung erlitten, in Folge deren es dahin gekommen ist, daß die Uebernahme der Curatel für Frauenzimmer auf freiwilliger Uebereinkunft beruht, und Ersteren die Möglichkeit gewährt ist, einen Curator zu suchen, der ihren Intentionen sich fügt und den von ihnen vorzunehmenden Rechtsgeschäften ohne Weiteres beitritt;

Baumeister, Hamburgisches Privat-Recht, Bd. II., S. 206, Note 6;

wo es aber mit der Geschlechtscuratel dahin gekommen ist, da läßt sich, wenn man auch, wie der letztgedachte Schriftsteller thut, annimmt, daß sie noch immer auf der Schwäche und Unerfahrenheit des weiblichen Geschlechts beruhe, doch allerdings viel dafür sagen, daß sie, wohin auch ein anderer Hamburgischer Schriftsteller zu neigen scheint,

Gries, Commentar zum Hamburgischen Stadtrecht, Bd. I., S. 15—17;

und wofür sich der neueste Bearbeiter des internationalen Privatrechts entschieden erklärt,

L. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht, § 53,

nur eine die Frauen schützende Formvorschrift sei, welche der Regel „locus regit actum“ unterliegt.

Dagegen mußte

II. der Beschwerde der Kläger, daß ihre aus der Ungültigkeit der acquisitiven Erbverträge nach Hamburgischem Rechte hergenommene Replik verworfen sei (Grav. III.), stattgegeben werden.

A. Daß es bei der Frage über die Gültigkeit des von dem Beklagten behaupteten Erbvertrags auf das Hamburgische Recht als das jus domicilii ankomme, hat das Obergericht anerkannt und unterliegt nach den Ausführungen der von ihm citirten Schriftsteller keinem gegründeten Bedenken.

B. Anlangend aber das Hamburgische Recht, so kann, wie man auch darüber denken mag, ob, trotz des im Römischen Rechte enthaltenen Verbots, schon früh eine allgemeine und entschiedene deutsche Praxis für die Gültigkeit aller Erbverträge, oder nicht vielmehr nur bei der überwiegenden Mehrzahl der Juristen nach und nach eine dahin gehende Theorie sich gebildet habe, so viel nicht in Abrede gestellt werden, daß sich diese Lehre nicht in allen deutschen Ländern Eingang verschafft hat. Dafür nun aber, daß dies in Hamburg nicht der Fall sei, daß dort mit Ausnahme der Einkindschaften und der in Ehezärtern vorkommenden, keine Erbeinsetzungsverträge gültig sind, lag schon vor dem in Sachen Schritzmeyer c. Schritzmeyer im Jahre 1849 ergangenen Erkenntnisse des Ober-Appellations-Gerichts das Zeugniß des gründlichsten Kenners des Hamburgischen Rechts und langjährigen Präses des dortigen Niedergerichts vor.

Gries, a. a. O., Th. 2, S. 33.

Dafür hatte sich in jener Rechtssache auch das Hamburgische Obergericht sehr entschieden ausgesprochen, und dafür hat sich, ganz abgesehen davon, daß der in jenem Erkenntnisse des Ober-Appellations-Gerichts nachgelassene Beweis einer Hamburgischen Gewohnheit für die allgemeine Gültigkeit der Erbeinsetzungsverträge nicht angetreten worden ist, auch der neueste Bearbeiter des dortigen Rechts erklärt,

Baumeister a. a. O., Th. 2, S. 367 ff.

Umsoweniger kann sich das Ober-Appellations-Gericht veranlaßt finden, von seinem in Beziehung auf Hamburg zu dem obigen Erkenntnisse entwickelten Ansichten in der gegenwärtigen Sache abzugehen.

Hiernach war der im Obergerichts-Erkenntnisse vom 19. Nov 1860 dem Beklagten nachgelassene Beweis über einen mit seiner Schwester abgeschlossenen Erbvertrag in Wegfall zu bringen, und bedurfte hiernach die vierte Beschwerde der Kläger, daß die Einrede des Erbvertrags nicht schon als unsubstantiirt verworfen worden sei, keiner Entscheidung.

Zusendungen wolle man adressiren: An die Redaction der Hamburgischen Gerichts-Zeitung, Admiralitätsstr. 26.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Julius Nathan.

Verlag von Otto Meißner in Hamburg. Druck von Pontt & v. Döhren.

